

Essai sur le droit aux relations personnelles
plus communément appelé
droit de visite

en Suisse, en Allemagne et en France

THÈSE

présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

MAURICE MARTHALER

NEUCHÂTEL
IMPRIMERIE DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547926_0002

ESSAI SUR LE DROIT AUX RELATIONS PERSONNELLES
PLUS COMMUNÉMENT APPELÉ DROIT DE VISITE



Le Conseil de la Faculté de droit autorise la publication de la thèse de doctorat de M. MAURICE MARTHALER, intitulée: *Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite*, sans assumer de responsabilité à l'égard des opinions qui y sont énoncées.

Neuchâtel, le 27 juin 1963.

Le doyen:

J.-M. GROSSEN

Essai sur le droit aux relations personnelles
plus communément appelé
droit de visite

en Suisse, en Allemagne et en France

THÈSE

présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

MAURICE MARTHALER

Cette thèse est publiée dans la « Collection de droit » des éditions Delachaux
et Niestlé, Neuchâtel et Paris 7^e.

INTRODUCTION

Intitulée « droit de visite » ou « droit aux relations personnelles », l'institution dont nous entreprenons ici l'étude pose non seulement une série de questions juridiques délicates, mais encore et surtout de graves problèmes d'ordre moral et psychologique. La multiplicité des aspects du droit de visite complique beaucoup la recherche de solutions satisfaisantes sinon idéales. La sécurité du droit voudrait des catégories clairement délimitées. L'infinie diversité des situations auxquelles le droit de visite s'applique réclame, au contraire, une réglementation extrêmement souple. Aussi les juristes seront-ils toujours tentés de déplorer l'imprécision des règles du droit de visite. De leur côté, les personnes spécialisées dans la protection de l'enfance regretteront que le caractère nécessairement généralisateur des normes juridiques limite les facultés d'adaptation aux cas particuliers, tous, en quelque mesure, « pathologiques ». La conciliation de ces exigences contradictoires ne saurait résulter que de la collaboration de toutes les professions intéressées. C'est un point que nous avons à cœur de souligner d'emblée, et qui apparaîtra tout au long de nos développements.

La solution d'un problème ne peut être trouvée que dans une claire vision du but à atteindre. Pour ce qui est du droit de visite, ce but est de maintenir un contact entre parents et enfants séparés pour une raison quelconque, et cela dans l'intérêt des uns et des autres. En d'autres termes, si *de lege lata* ce droit est accordé au parent, son organisation et son exercice doivent être conformes à l'intérêt de l'enfant. C'est ce qui permet de dire, paradoxalement peut-être que, créé en faveur du parent (ou d'un autre bénéficiaire en droit français), le droit de visite est déterminé en fait par l'intérêt de l'enfant.

Cette formule reviendra souvent sous notre plume. Elle représente le thème de notre étude et tout ce qui s'y trouve n'est que variation sur ce thème. Il faut reconnaître pourtant que l'intérêt de l'enfant est une notion vague. Etant admis qu'il doit fournir le critère décisif, il reste à le découvrir. Sans concevoir la prétention d'éliminer toute difficulté à cet égard, nous voudrions

du moins, par l'examen des situations les plus fréquentes, montrer quelques chemins, contribuer à éclaircir les méthodes qui permettront de déterminer de cas en cas l'intérêt de l'enfant.

Le fondement du droit de visite n'est pas le même dans tous les cas. En Suisse, il réside tantôt dans « le lien étroit qui existe entre eux (les parents) et leurs enfants, naturellement, du fait qu'ils les ont engendrés »¹, tantôt sur le « rapport légal de la filiation légitime, qui résulte de la naissance de l'enfant durant le mariage (éventuellement de la légitimation ou de l'adoption) »². Bien souvent il repose simultanément sur ces deux fondements. En Allemagne, après avoir admis que ce droit découlait des liens naturels de parenté, la jurisprudence l'a considéré comme étroitement lié au droit de garde. Le § 1634 BGB semble englober ces deux fondements. Dans ces deux pays, le droit de visite découle donc de la seule qualité de parent. Mais à la différence du droit allemand, le droit suisse le comprend davantage comme une ultime protection des liens de la parenté que comme un prolongement de la puissance paternelle³.

En France par contre, où les parents n'en sont pas les seuls bénéficiaires, le droit de visite connaît encore d'autres fondements: Pour les bénéficiaires « étrangers », on admet par exemple qu'il est un moyen de demeurer utiles à l'enfant et que pour ce dernier il est un mode d'expression de sa gratitude et de son respect.

Différentes définitions sont données quant à la nature juridique de ce droit: on parle très souvent d'un droit strictement personnel au sens des articles 27 ss CCS, d'un droit « naturel », « sacré » dans son principe, intransmissible et auquel on ne peut renoncer. Le professeur R. Savatier le qualifie de droit subjectif, de droit naturel, qui peut pourtant être retiré aux parents qui en compromettent l'exercice par leurs disputes⁴.

On peut cependant hésiter à considérer le droit aux relations personnelles comme un authentique droit subjectif. N'est-il pas plutôt une « situation juridique », une prérogative? C'est ce que pourrait par exemple laisser entendre le § 1634 BGB qui ne parle pas d'un véritable droit (« Recht »), mais d'une faculté (« Befugnis »)⁵. M. le doyen Paul Roubier prétend quant à lui qu'un droit n'est subjectif que lorsque son titulaire peut disposer soit par transfert

¹ ATF du 24 février 1928, *JdT* 1928, p. 194 ss (RO 54 II 4).

² ATF du 8 novembre 1945, *JdT* 1946, p. 79 ss (RO 71 II 208).

³ Commentant un arrêt de la Cour de cassation (du 4 janvier 1961), H. DESBOIS écrit (in *RTDC* 1961, p. 474): « Le droit de visite, selon cette formule, apparaît, non pas comme un vestige, laissé à la mère naturelle, de la puissance paternelle, que l'adoption a transférée au père adoptif, mais comme un attribut de la parenté par le sang: à moins que »... les intérêts de l'enfant s'y opposent, « les parents puisent dans le fait de la procréation la faculté d'entretenir des relations avec lui ».

⁴ R. SAVATIER, « L'enfant disputé », in *Sauvegarde de l'enfance*, 1957, p. 991-992.

⁵ Dans ce sens, cf. W. NOWKA, in *FamRZ* 1960, p. 218 ss.

soit par renonciation à la prérogative qu'il enclôt comme d'un véritable bien ¹. Or la plupart des auteurs nient qu'on puisse disposer du droit de visite.

A l'heure actuelle, le droit de puissance paternelle est souvent considéré comme un « droit-fonction ». Rien n'empêche d'envisager le droit de visite sous cet angle également. Dès lors, toutes les activités de son titulaire « sont fonctionnelles, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être exercées que dans la ligne et en vue de la réalisation de la fin altruiste qui est au principe de leur établissement... En raison de la fin altruiste qui en est la raison d'être, il est indispensable de souligner que nos droits ont un caractère spécial, fonctionnel, justifiant l'appellation qui leur a été donnée de droits-fonction... Sous ce rapport, il est évident que l'imperium des gouvernants ou l'autorité du père n'ont rien de commun avec le droit de propriété et les autres droits à fin d'intérêt personnel ou égoïste. Et cette différence radicale du côté des fins n'est pas sans entraîner des différences radicales de régime, notamment en ce qui concerne la faculté de libre disposition : normale pour les droits à fin égoïste (sauf l'abus du droit), cette libre disposition est interdite pour les droits à fin altruiste (détournement de pouvoir) » ².

Sans prétendre conclure, on peut admettre avec M. Roubier que si le titulaire du droit de visite ne peut renoncer à son droit, celui-ci n'est pas un authentique droit subjectif. En revanche, s'il apparaît être un « droit-fonction », son titulaire peut y renoncer avec l'accord de l'autorité compétente et à condition que cette résiliation ne porte pas préjudice à l'intérêt de l'enfant. A la même condition, l'autorité doit pouvoir prendre l'initiative de cette mesure à l'égard du titulaire qui abuse de son droit ou viole les obligations qu'il comporte.

Le choix du sujet nous a été dicté par la complexité du droit de visite. Mais il résulte surtout de l'espoir que cette étude profitera non seulement à son auteur, mais aussi à ceux qui, chaque jour, sont appelés à prendre des décisions dans ce domaine et, finalement, à ceux qu'il concerne directement : les enfants disputés.

¹ PAUL ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », in *Archives de philosophie du droit*, n° 5, *La théologie chrétienne et le droit*, Paris 1960, p. 65 à 131.

² JEAN DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques, Examen des thèses de M. Paul Roubier*, Académie Royale de Belgique, Classe des lettres et des sciences morales et politiques, Mémoires, collection in-8°, tome LIV, fascicule 3, Bruxelles 1960.

CHAPITRE PREMIER

LES CAS D'APPLICATION ET LES TITULAIRES

DU DROIT DE VISITE

L'attribution ou le refus du droit de visite à une personne déterminée n'est pas sans dépendre de l'origine de cette institution, du rôle et du but qui lui sont assignés. Au gré des conceptions qui prévalent à cet égard, le cercle des bénéficiaires du droit de visite est plus ou moins large.

D'une manière générale, le droit de visite paraît plus généreusement accordé en France qu'en Allemagne ou en Suisse. Sans doute faut-il en voir la raison principale dans le fait qu'en France le droit de visite est une création prétoirienne et qu'il y est par conséquent soumis à un régime plus souple. En dépit de cette particularité du droit français, il est permis d'affirmer que les catégories de bénéficiaires se retrouvent assez semblables dans les trois pays précités. Les prolongements consacrés par la jurisprudence française ne sont pas tels qu'ils exigent une étude spéciale, sauf peut-être en ce qui concerne le droit de visite des grands-parents et des parents nourriciers. Les pages qui suivent en apportent la démonstration.

§ 1. LES PARENTS LÉGITIMES

Parents déchus de la puissance paternelle ou privés du droit de garde pour des motifs d'ordre tutélaire et dont les enfants sont placés

L'article 284 al. 1 du Code civil suisse dispose que « l'autorité tutélaire peut retirer aux parents la garde de l'enfant et le placer dans une famille ou dans un établissement, lorsque son développement physique ou intellectuel est compromis ou lorsque l'enfant est moralement abandonné. » Quant à l'article 285 al. 1, il est ainsi conçu : « Les père et mère incapables d'exercer la puissance paternelle ou frappés d'interdiction, ou coupables de graves abus d'autorité ou de négligences graves, sont déclarés déchus de leur droit par l'autorité compétente. »

En cas de retrait de la garde et de placement (art. 284 CCS), la question se pose de savoir si les parents et l'enfant vont conserver des relations. En revanche, l'article 285 CCS ne précise pas que l'enfant doit être retiré à ses parents déchus de la puissance paternelle et faire l'objet d'un placement. Comme la mesure de l'article 285 CCS est plus grave que celle de l'article 284, il y a cependant lieu d'admettre que l'enfant sera le plus souvent soustrait aux parents¹. Dès lors, le problème des relations entre parents et enfants se pose également dans cette hypothèse.

Alors que certaines de ses dispositions évoquent le droit de visite en termes exprès (art. 156 al. 3 et 326 al. 1), le Code civil suisse ne contient aucune allusion à un éventuel droit de visite des parents déchus de leur puissance ou privés de la garde de leurs enfants. Est-ce à dessein et faut-il en déduire que tout droit de visite doit être refusé dans ces circonstances? Une telle conclusion serait quelque peu hâtive. En effet, l'un des motifs avancés pour justifier le droit de visite consécutif au divorce réside dans les liens naturels très étroits qui unissent les parents à leurs enfants. Le législateur a jugé que la séparation des parents ne devait pas rompre ces liens. Or, en cas de divorce, il est peu probable que parents et enfants seront à nouveau unis en un même foyer. En revanche, en cas de déchéance de la puissance paternelle et de retrait de garde, il se peut que les êtres séparés le soient temporairement, que leur famille divisée se regroupe. Pour faciliter cette solution, même si elle est très hypothétique (particulièrement en cas de déchéance de la puissance paternelle), il importe que les membres de cette famille ne soient pas totalement séparés les uns des autres. Or, le droit de visite offre précisément un moyen de maintenir le contact et d'éviter la rupture totale. Il semble donc, selon l'esprit même de la loi, que son silence dans ce domaine ne doive pas être interprété comme un refus.

On pourrait aussi objecter à l'attribution d'un droit de visite en cas de déchéance de la puissance paternelle et de retrait de la garde le fait que si des parents se sont montrés indignes ou incapables de conserver la garde ou la puissance paternelle sur leurs enfants, ils ne sont pas plus dignes ou capables de conserver des relations avec eux. Cette objection rejoint l'opinion de ceux qui voient une relation étroite entre le droit de visite et la puissance paternelle et qui estiment que des parents déchus ensuite d'un comportement contraire à leurs devoirs les plus élémentaires doivent être mis dans l'impossibilité d'exercer encore une influence quelconque sur leurs enfants. Une telle manière de voir n'est cependant pas de mise en droit suisse (cf. ci-dessus). Au surplus, le refus de tout droit de visite aux parents frappés par les mesures des articles 284 et 285 CCS constituerait parfois une solution trop dure, elle impliquerait une punition des parents. Or ceux-ci ne sont pas nécessairement

¹ A propos du maintien de fait de l'enfant chez les parents déchus, cf. E. MAIER, p. 53-54.

responsables, car l'intervention de l'autorité n'est pas toujours motivée par une faute de leur part.

Aussi bien la solution proposée par la jurisprudence et par la doctrine suisses est-elle qu'un droit de visite comparable à celui des articles 156 al. 3 et 326 al. 1 CCS peut être accordé aux parents déchus de la puissance paternelle ou privés du droit de garde, à la double condition que l'exercice de ce droit ne compromette ni les intérêts de l'enfant, ni la réalisation du but visé¹. Le retrait de la garde laisse aux parents — théoriquement du moins — des droits relativement étendus sur leurs enfants. Le droit de visite devrait donc leur être plus facilement accordé.

En Allemagne, la jurisprudence du Tribunal d'Empire a exercé une influence décisive sur l'évolution du droit aux relations personnelles et les opinions d'aujourd'hui portent souvent encore la marque de ses arrêts. L'un d'eux, fréquemment cité², considère ce droit comme tellement lié au droit de garde qu'il ne peut être accordé aux parents à qui il a été formellement retiré³. Le maintien de relations personnelles entre parents et enfants dépend dans ce cas de l'appréciation de la personne à qui est confiée la garde des enfants. Si elle refuse arbitrairement et injustement d'accorder ces relations, sans tenir compte des liens du sang, les parents peuvent intervenir auprès du tuteur. La décision de ce dernier peut être portée devant le Tribunal de tutelle, non pas sur la base du § 1636 BGB a. F., mais sur celle du § 1837 al. 1. La jurisprudence plus ancienne, celle du Kammergericht en particulier, considérerait au contraire que le droit de visite découle des liens naturels de parenté. Elle avait tendance à l'accorder dans tous les cas où le droit de garde était retiré à un parent.

Au § 75 EheG de 1946 (loi sur le mariage de 1946) — comme d'ailleurs au § 82 EheG de 1938 — le législateur allemand n'a ni suivi ni écarté expressément le point de vue du Tribunal d'Empire. Il a plutôt envisagé d'accorder un droit de visite dans les cas où la puissance paternelle était retirée, tout en maintenant la possibilité de suspendre ce droit. Il a réalisé ainsi une sorte de compromis entre l'opinion de la jurisprudence plus ancienne et celle du Tribunal d'Empire.

Actuellement, par son insertion au chapitre consacré à la puissance paternelle et par sa terminologie (le bénéficiaire n'est plus l'époux, mais le parent

¹ Cf. ATF du 24.2.1928 in *RO* 54 II 4 (*JdT* 1928 I, p. 194 ss); EGGER, Art. 285 N. 9; SILBERNAGEL, Art. 284 N. 15; BEIN, p. 10; KISTLER, in *RDT* 1952, p. 122 ss; LEHMANN, p. 95-96; E. MAIER, p. 43; H. MÜLLER, p. 64; D. SCHWEIZER, p. 168-171; A. RUTZ, p. 91-94; H. WEISS, p. 66; H. OETTLI, p. 50, 56.

² Du 14 janvier 1937, in *RGE*, vol. 153, p. 238 ss.

³ Cf. BEITZKE, in *FamRZ* 1958, p. 7 ss.

privé de la garde), le § 1634 BGB n. F. qui traite des relations personnelles¹ a un champ d'application beaucoup plus étendu. Il est en particulier valable pour les parents non divorcés, que l'un seulement, ou tous les deux soient privés de la garde ou de la puissance paternelle. C'est l'opinion généralement admise par les auteurs allemands².

Différentes sortes de déchéances (partielle ou totale) et de retraits de la puissance paternelle et de la garde rendent le problème plus complexe en France. D'autant plus que la législation y est éparse et abondante. On distingue deux grandes catégories d'enfants soustraits à la puissance paternelle : les enfants soumis à une autorité privée et les enfants soumis à l'autorité de l'Etat³.

En principe, cette différence de statut devrait influencer aussi l'éventuel droit de visite des parents respectifs. Mais dans la pratique, les tribunaux n'en tiennent pas compte de manière uniforme. Ainsi, les parents de pupilles de l'Etat, déchus de la puissance paternelle, bénéficient parfois d'un droit de visite, alors que logiquement ils ne le devraient pas, tandis que les parents d'enfants simplement confiés à l'Aide sociale peuvent se le voir refuser, eux qui détiennent pourtant encore la puissance paternelle⁴. L'opinion de M. Guiho paraît donc concorder avec la jurisprudence française quand il dit : « ... on doit étendre le droit de visite des père et mère..., même au cas de

¹ § 1634 BGB : al. 1 : « Ein Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren. » Al. 2 : « Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschliessen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. »

² Cf. SCHNITZERLING, « Das Recht auf Verkehr » in *FamRZ* 1958, p. 444 ss ; ACHILLES-GREIFF, § 1634 N. 1 ; G. BEITZKE émet quelques doutes quant à l'existence d'un droit basé sur le § 1634 en cas de déchéance de la puissance paternelle, in *Familienrecht*, p. 142 et « Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht », in *FamRZ* 1958, p. 7 ss ; SCHWOERER estime que cette réserve ne se justifie pas : pour lui, le § 1634 n'est pas limité dans son application. Il concerne donc aussi les parents déchus de la puissance paternelle. In *FamRZ* 1958, p. 41 ss.

³ Cf. H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, N. 1183, 1187 ; COLIN CAPITANT et JULIOT DE LA MORANDIÈRE, *Traité de droit civil*, N. 1543.

⁴ En principe, pas de droit de visite en ce qui concerne les pupilles de l'Etat : cf. MAZEAUD, *op. cit.*, « Lectures », p. 1188 ; quelques hésitations transparaissent cependant dans un arrêt de la Cour de Paris du 19.3.1959, in *Gaz. Pal.* 1959, II, J., p. 61-63. Droit de visite accordé pour des enfants simplement protégés par le service d'Aide sociale : Cour d'appel de Bourges, le 7.5.1958, in *Gaz. Pal.* 1958, I, J., p. 429-430 ; refusé par contre par le tribunal civil de Lyon le 16.3.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, J., p. 124 ; cf. aussi Cour de Paris, 23.1.1960, cité par A. M. FOURNIÉ, p. 77 N. 140. Voir aussi à ce propos une intéressante analyse consacrée par H. DESBOIS (*RTDC* 1961, p. 474 ss) à un arrêt de la Cour de cassation du 4.1.1961 accordant un droit de visite à la mère naturelle d'un enfant adopté, en parallèle à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28.1.1961 qui accorde un droit de visite à une mère totalement déchue de ses droits de puissance paternelle. L'auteur y dit en particulier : « Il est bien évident que les sollicitations d'un parent déchu souffrent d'un préjugé défavorable, alors que celles des parents de l'enfant adoptif n'éveilleront pas *a priori* une appréhension. »

déchéance de la puissance paternelle. Sans doute, il arrivera souvent dans ce dernier cas que des motifs graves s'opposeront au droit de visite ; mais cette suppression ne résulte pas de plein droit de la déchéance de la puissance paternelle, et le juge qui la prononce devra maintenir le droit de visite toutes les fois que ce sera possible...¹ »

En résumé, les droits allemand, suisse et français se fondent sur des principes identiques et offrent des solutions analogues en ce qui concerne les relations personnelles entre les parents privés de la garde ou déchus de la puissance paternelle et leurs enfants : Ces relations peuvent et doivent être maintenues ou rétablies, même dans le silence de la loi, dès l'instant et dans les limites où elles ne lèsent pas les intérêts des enfants.

Parents séparés de fait

Par définition, la séparation de fait se situe en marge du droit, et même se trouve-t-elle en opposition avec lui. Elle ne pose pas moins certains problèmes juridiques, celui par exemple des relations personnelles entre parents et enfants.

La séparation de fait peut résulter d'un commun accord des époux. Il arrive aussi que l'un des conjoints l'impose à l'autre.

Le premier cas est le plus fréquent. Très souvent, les époux qui parviennent à s'entendre sur le « principal », à savoir la séparation elle-même, s'entendent également sur les « effets accessoires », y compris le droit de visite. Toutefois, les conventions de ce genre sont en principe dépourvues de toute force juridique obligatoire : « les pactes de séparation amiable sont nuls, d'une nullité absolue. Cette nullité se fonde sur le caractère illicite d'une combinaison qui organise, en quelque sorte, la violation d'un devoir d'ordre public, le devoir de cohabitation... Ainsi, le mari qui avait consenti à ce que les enfants restassent sous la garde de la mère, pourra, nonobstant sa parole, les reprendre en excipant de sa puissance paternelle »². De même, il pourra interdire les visites à sa femme.

Aussi longtemps que les père et mère respectent la convention qu'ils ont passée et à moins que n'interviennent les autorités chargées de la protection de l'enfance, il n'y a pas de problème. En revanche, la situation se complique dès l'instant où l'un des parents cesse de remplir ses « engagements ». L'autre parent peut-il, alors, entreprendre quelque démarche tendant à faire respecter la convention ?

¹ *Essai d'une théorie*, N. 29 ; dans le même sens, voir aussi H. DESBOIS (RTDC 1958, p. 598, N. 9) qui ne traite, il est vrai, que du droit de visite ensuivant le retrait du droit de garde. Concernant un retrait du droit de visite à une mère déchue de la puissance paternelle, cf. Cour d'appel de Paris, 19.11.1960, in *Dalloz* 1961, p. 550.

² CARBONNIER, N. 142.

En France, « cette convention pourra être maintenue si elle est l'interprétation fidèle, eu égard aux circonstances, des règles de la puissance paternelle. Mais il est évident que les tribunaux seront alors seuls juges de ces circonstances et ce sont eux qui donneront leur approbation à cette convention précédemment sans valeur par elle-même »¹, « étant précisé que le jugement ainsi rendu a un caractère essentiellement provisoire... »². Ainsi, on constate avec MM. Mazeaud que si « le législateur considère la séparation de fait comme illicite, ... les tribunaux, en contact permanent avec les difficultés qui leur sont soumises, ont adopté une solution beaucoup plus nuancée »³.

Quant à la solution allemande, elle résulte à nouveau du § 1634 BGB n. F. dont le champ d'application très étendu réserve au tribunal de tutelle la possibilité d'intervenir lorsque cela est nécessaire, c'est-à-dire aussi à la requête du parent séparé de fait lésé dans son droit aux relations personnelles⁴.

En Suisse, dans le cas « normal », il appartient aux parents détenteurs de la puissance paternelle de surveiller et de régler les relations personnelles, les « fréquentations » de leurs enfants. Sauf à ne pas abuser de ce pouvoir, ils peuvent notamment interdire à leurs enfants d'entrer en contact avec une personne déterminée.

Les décisions que les parents prennent à cet égard ressortissent à l'exercice de la puissance parentale. En conséquence, si le père et la mère sont en désaccord, le père décide (art. 274 al. 2 CCS).

Dans l'hypothèse de la séparation de fait, et tant et aussi longtemps que l'autorité n'intervient pas, la règle subsiste suivant laquelle les parents règlent les relations personnelles de leurs enfants. Et s'ils ne s'accordent pas, ou si l'accord auquel ils étaient parvenus se rompt, le père décide, en droit suisse comme en droit français⁵.

Quant aux autorités de tutelle, elles ne sauraient intervenir que si les père et mère violaient ou négligeaient leurs devoirs envers l'enfant (art. 283 CCS).

¹ GASTON, p. 62, où est cité un jugement du tribunal civil de Vitry-le-François du 29.1.1931 (in *Gaz. Pal.* 1931, I, J., p. 602).

² CARBONNIER, N. 143.

³ *Op. cit.*, p. 1502, N. 1568.

⁴ Cf. ACHILLES-GRIFF, § 1634, N. 1 ; BEITZKE, *Familienrecht*, p. 148. Dans un jugement du 26.1.1960, le *Landsgericht* de Mannheim déclare que quand le mariage n'est pas dissous, ce n'est pas le § 1634 BGB, mais les §§ 1672 et 1671 qui sont applicables à la réglementation tutélaire du droit de visite des parents légitimes avec leur enfant. Les motifs invoqués sont fort intéressants. On peut se demander toutefois si le raisonnement du tribunal de Mannheim ne repose pas sur une erreur initiale. En effet, parlant du § 1634 BGB, ce tribunal dit : « Diese Bestimmung regelt einen ganz bestimmten Fall, nämlich den, dass einem Elternteil das Recht der Personensorge bereits nicht mehr zusteht. » Or cette disposition ne spécifie nullement que le droit de visite subsiste en faveur du parent qui a perdu le droit de garde, elle dit simplement qu'il subsiste en faveur du parent qui n'a plus la garde.

⁵ Cf. ci-dessus, p. 15, l'avis de M. Carbonnier.

Compte tenu de ces principes, examinons les deux situations suivantes :

a) Une femme quitte son foyer, abandonnant mari et enfants pour rejoindre un amant. Le mari, bon père de famille, prend toutes dispositions utiles pour l'avenir de ses enfants. En pareil cas, il serait difficile de justifier l'intervention de l'autorité tutélaire pour attribuer un droit de visite à la mère et consolider ainsi une séparation de fait par hypothèse contraire au droit ;

b) La même épouse infidèle quitte son foyer, mais avec l'accord de son mari à qui elle laisse les enfants. Quelque temps après, profitant d'une absence de ce dernier, la femme vient chercher ses enfants. Le père pourrait provoquer une déchéance de la puissance parentale de la mère et s'adresser à cette fin à l'autorité tutélaire. Mais il pourrait aussi introduire devant le juge civil une action en restitution d'enfant.

Il reste vrai que si les père et mère manquent à leurs devoirs, l'autorité tutélaire peut intervenir d'office.

Il faut se souvenir, enfin, que si l'un des époux s'éloigne de l'autre pour l'un des motifs prévus à l'article 170 al. 1 CCS, même sans requérir l'intervention préalable des mesures protectrices de l'union conjugale, la séparation n'est pas une séparation de fait, mais une séparation de droit (RO 41 I 104 ; 51 I 115 ; 69 II 273 ; 75 II 93 ; 79 II 123 ; 85 II 297 ; 86 II 303).

Comparée aux systèmes français et suisse, la solution allemande paraît préférable. Du moins est-elle plus pratique dans la mesure où une seule autorité, le tribunal de tutelle, est compétente pour résoudre les problèmes de relations personnelles. Dans le cas d'une séparation de fait, notamment, l'intervention du tribunal de tutelle peut être requise sans hésitation, donc sans retard.

Parents divorcés ou séparés de corps

Le divorce et la séparation de corps entraînent la dislocation de la famille. Les enfants ne peuvent plus vivre avec leurs deux parents simultanément. Ils sont confiés à leur père ou à leur mère (ou à un tiers). L'autre parent perd la puissance paternelle, ou tout au moins le droit de garde. Le « droit de visite » lui permettra cependant de maintenir un contact avec ses enfants.

Le divorce et la séparation de corps représentent les causes de beaucoup les plus fréquentes du droit de visite. Et cela aussi bien en Suisse¹ qu'en Allemagne ou en France, car le nombre de ces drames familiaux est également inquiétant dans les trois pays.

¹ Selon l'Annuaire statistique de la Suisse 1962, 4656 divorces ont été prononcés en Suisse en 1960, augmentant de 4941 le nombre des enfants de parents divorcés. Sur les 4656 couples désunis, 1973 n'avaient aucun enfant ; 1277 couples avaient 1 enfant, 857 en avaient 2, 549 en avaient 3 ou plus.

Quant aux relations personnelles entre parents et enfants, le divorce et la séparation de corps produisent des effets semblables. L'article 156 CCS le confirme. Il dispose qu'« en cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants » et que le parent auquel les enfants ne sont pas confiés « a le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances ».

En France, on chercherait en vain, dans le Code civil, « le nom du droit de visite ou la moindre allusion à cette institution. Nous sommes en présence d'une création de la jurisprudence... »¹. En cas de divorce, cette jurisprudence accorde largement un droit de visite dont le principe a été admis sans difficulté. Pour ce qui est de la séparation de corps, le législateur français ne la réglemente pas en détail. De façon générale, la situation des enfants, droit de visite compris, est semblable à celle des enfants de parents divorcés. « En effet, aux yeux des enfants la situation est identique, les liens qui les unissent à leurs parents sont les mêmes, mais ces parents vivent séparés et il y a lieu d'aménager leurs rapports avec eux dans le cadre de cette situation. Le tribunal réglera l'exercice du droit de garde suivant les mêmes principes ... qu'après le divorce... »² De même pour le droit de visite.

En Allemagne, la jurisprudence et les auteurs pensaient que le § 75 EheG était applicable également en cas de séparation de corps³. D'une application plus étendue encore, il ne fait aucun doute que le § 1634 BGB n. F. accorde et régit les relations personnelles dans ces deux situations⁴.

Il apparaît ainsi qu'en Suisse, comme en France et en Allemagne, le droit de visite consécutif au divorce et celui qui accompagne la séparation de corps sont régis par les mêmes principes juridiques. Notons toutefois qu'une différence peut se manifester dans la pratique : si la réconciliation des époux séparés de corps ne semble pas exclue, le tribunal instituera des relations personnelles plus larges qu'en cas de divorce.

Relevons pour conclure une différence intéressante entre le droit suisse et le droit français. En Suisse, le divorce a nécessairement l'effet de priver l'un des parents de la puissance paternelle. Il n'en va pas de même en France où « le divorce et la séparation de corps laissent subsister la puissance paternelle dont l'attribution ne se trouve pas, en principe, modifiée. Mais certains attributs, et parmi les plus importants, sont perdus par l'époux coupable... Il en est ainsi ... du droit de garde (art. 302 Code civ.) à moins que le tribunal n'en décide autrement « pour le plus grand avantage des enfants »... Le parent

¹ GUIHO, N. 1.

² MARTY et RAYNAUD, N. 667 ; dans le même sens, MAZEAUD, N. 1139, 1495 ; PLANIOL et RIPERT (II), N. 659, 685 ; COLIN, CAPITANT..., N. 1521 ; CARBONNIER, N. 140, 216.

³ ACHILLES-GREIFF, § 75, N. 1 ; HOFMANN-STEPHAN, § 75, N. 2 ; SOERGEL, § 75, N. 3.

⁴ SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 445.

qui se voit ainsi priver de la garde conserve le droit et l'obligation de surveiller l'éducation de ses enfants et de participer à leur instruction »¹. « Le droit de surveillance a pour corollaires nécessaires le droit de correspondre avec les enfants et un droit de visite... »² Il peut sembler paradoxal que la loi suisse accorde expressément un droit de visite au parent privé de la puissance paternelle, cependant que la loi française n'évoque aucunement le droit de visite d'un parent qui conserve cette puissance.

Les mesures provisoires

En fait, la dislocation de la famille se produit fort souvent avant que le jugement de divorce ou de séparation de corps ne soit rendu. D'ailleurs, l'obligation de cohabitation ne survit pas à l'introduction de l'action. Chacun des époux a, en effet, le droit de cesser la vie commune pendant la durée du procès (art. 170 al. 2 CCS).

Sans entrer dans les détails, le législateur suisse a prévu cette situation. Dès l'introduction de la demande en divorce ou en séparation, « le juge prend ... les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants » (art. 145 CCS). Appelé à statuer sur la garde des enfants, il prend aussi des dispositions concernant le droit de visite. Il s'inspire à cet égard du principe consigné à l'article 156 CCS et par conséquent tient compte de toutes les circonstances.

Le problème ne se pose pourtant pas tout à fait de la même manière qu'au moment du divorce. D'une part, les mesures à prendre ne demeureront en force que pour un temps limité. D'autre part et surtout, le parent séparé de ses enfants conserve sa puissance parentale. Cela étant, il est normal qu'il puisse maintenir des contacts assez étroits avec ses enfants. Il n'est du reste pas exclu que ces derniers ne lui soient finalement confiés. A elle seule, cette éventualité peut justifier la consécration d'un droit de visite dans le cadre des mesures provisoires³.

En France, le droit de visite est également accordé sous forme de mesure provisoire : par le juge des référés s'il y a urgence⁴, par le magistrat conciliateur

¹ MAZEAUD, N. 1139.

² MAZEAUD, N. 1495.

³ Cette éventualité est assez théorique il est vrai. En effet, « les mesures provisoires relatives aux enfants sont, en dérogation au principe selon lequel les mesures provisoires ne doivent pas préjuger le fond, souvent confirmées, ou plus justement reprises par le jugement définitif... », STEINEGGER, p. 18. « Souvent donc la décision du juge des mesures provisoires sur la garde des enfants aura une influence décisive sur l'avenir desdits enfants... », BARDE, p. 470 a.

⁴ Cf. MONTPELLIER, 26.11.1953, in *Gaz. Pal.*, 1954, I, t. anal., p. 89, N. 25.

si la conciliation échoue¹, par le président en cours d'instance² dès la première comparution de l'époux demandeur.

La solution est en principe identique en Allemagne : un droit aux relations personnelles est reconnu dans le cadre des mesures provisoires. Un désaccord profond existe cependant sur le point de savoir quel tribunal est compétent pour accorder et régler ces relations durant l'instance. Certains prétendent que le § 1634 BGB n. F. habilite le tribunal de tutelle. D'autres le contestent ; ils estiment que le tribunal du divorce étant compétent selon le § 627 ZPO (Code de procédure civile) pour régler les problèmes relatifs au droit de garde, il l'est aussi pour trancher les questions soulevées par le droit de visite.

Les trois systèmes envisagés accordent donc un droit de visite au titre de mesure provisoire. Justifiée en droit, cette solution est parfois fort discutable sur le plan psychologique. N'est-il pas dangereux pour l'équilibre de l'enfant d'être soumis alternativement à l'influence de deux milieux réciproquement hostiles dont la passion n'est pas encore calmée ? Le problème sera repris à propos de la suspension du droit de visite.

Mariage nul et droit de visite

Le Code civil suisse dispose à l'article 132 al. 2 que « jusqu'au jugement, le mariage, même entaché de nullité absolue, a tous les effets d'un mariage valable ». « C'est ce qui apparaît principalement dans le fait que les enfants sont considérés comme légitimes, même si les parents étaient de mauvaise foi... Pour le surplus, la loi renvoie aux règles du divorce, ainsi en ce qui concerne la compétence du juge et la procédure... et la question des rapports des parents avec leurs enfants. »³ L'article 133 al. 2 CCS prévoit en effet que « les droits et les obligations des parents et des enfants sont réglés comme en cas de divorce ». L'article 156 al. 3 CCS est alors applicable, et le parent à qui les enfants ne sont pas confiés a « le droit de conserver avec eux les relations personnelles indiquées par les circonstances ».

La solution française est assez voisine de la nôtre : « ... la déclaration de nullité d'un mariage putatif étant dans une large mesure assimilée au divorce quant à ses effets, l'époux de bonne foi exerce la puissance paternelle, donc la garde, l'époux de mauvaise foi obtenant un droit de visite. »⁴

¹ Voir l'ordonnance de non-conciliation du président du tribunal de la Seine du 22.8.1953, citée par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22.10.1955, in *Rec. Dalloz et Sirey*, 1955, J., p. 796-797 ; C. C. CH. CRIM. 5.2.1958, in *Dalloz*, 1958, J., p. 325-326 ; note de M. H. DESBOIS, in *RTDC* 1956, J., p. 317, 2.

² Paris, 28.3.1958, in *Dalloz*, 1958, somm. p. 81 ; COLIN, CAPITANT..., N. 1169 ; MARTY-RAYNAUD, N. 617 ; MAZEAUD, N. 1464.

³ TUOR, p. 136.

⁴ MAZEAUD, N. 1139 ; cf. aussi Trib. civ. de la Seine, 18.3.1954, in *Gaz. Pal.*, 1954, II, J., p. 70, et in *RTDC* 1954, p. 640, J. N. 11 où M. GASTON LAGARDE précise : « ... Seraient-ils

Le droit allemand a tout d'abord fait des distinctions. Si c'était le père qui connaissait la cause d'annulabilité ou de nullité du mariage, il conservait les devoirs afférant à la puissance paternelle mais en perdait les droits, le droit de visite avant tout autre. En revanche, si seule la mère était de mauvaise foi, elle ne conservait en substance que le droit aux relations personnelles¹. Actuellement, le § 1634 BGB n. F. paraît s'appliquer aussi au cas de mariage nul².

Le droit de visite en cas d'adoption

- A. L'adoption crée un nouveau lien de parenté. Ce lien, qui unit l'adopté à l'adoptant, exerce nécessairement une certaine influence sur les relations personnelles de l'adopté avec ses parents du sang, pour autant que ces derniers sont vivants et connus.
- B. L'adoption peut être le fait d'un couple ou d'une personne mariée. Si le mariage des parents d'adoption ou de l'adoptant est rompu par le divorce, le problème du droit de visite se pose une fois de plus.

A. Droit de visite des parents du sang

« Un assez grand nombre de législations ... affirment que l'adopté reste, malgré l'adoption, dans sa famille d'origine. C'était là le critérium de l'*adoptio minus plena* par opposition à l'adoption ancienne du droit romain primitif, qui faisait tomber l'adopté ... sous la *patria potestas* de l'adoptant. L'article 361 du Code civil français, en sa rédaction actuelle, maintient toujours ce principe que, sous des formes diverses on retrouve dans la grande majorité des législations latines, en Allemagne..., en Suisse...³ »

Cependant, les circonstances qui entourent l'adoption et le but qu'elle poursuit ont une influence décisive sur le droit de visite. Quand l'adopté est un petit enfant qui ne connaît pas les auteurs de ses jours — qui l'ont souvent abandonné — il est souhaitable que le lien adoptif s'identifie aussi parfaitement que possible au lien de nature⁴. Or le droit de visite des parents du sang

de mauvaise foi l'un et l'autre — mis à part le « cas pendable » — on ne doit pas les traiter plus sévèrement, sous ce rapport, que les parents naturels... »

¹ Cf. BALLARIN, p. 5.

² Selon SCHNITZERLING : « § 1634 gilt ferner, wenn die Ehe für nichtig erklärt (§ 1671, VI, BGB, n. F.), aufgehoben (§ 37, I, EheG) oder durch Wiederheirat nach Todeserklärung aufgelöst ist (§ 1681, II, 3, BGE, n. F) », in *FamRZ* 1958, p. 445 ; cf. aussi SOERGEL, §§ 74-75, EheG. N. 3 a ; PALANDT, § 1634, N. 1.

³ MARC ANCEL, *L'adoption dans les législations modernes*, N. 61, p. 44.

⁴ Actuellement, le droit suisse est l'un de ceux qui poussent le moins cette assimilation (comparer la légitimation adoptive en France, les droits anglais, néerlandais, scandinaves, autrichien).

est un obstacle à cette identification. En compromettant la réussite de l'adoption, il nuit à l'intérêt de l'enfant. Il en va autrement quand l'adopté connaît son milieu familial naturel où il a vécu un certain temps. Des liens affectifs l'unissent alors à ses parents du sang et le droit de visite est le moyen d'éviter un arrachement total dont il pâtirait¹.

En Suisse, l'article 268 al. 2 et 3 CC dispose : « Les droits et les devoirs des père et mère passent à l'adoptant. Une convention authentique, antérieure à l'adoption, peut déroger aux règles que la loi consacre pour les enfants légitimes en matière de succession et de droits des père et mère sur les biens des enfants. » Le texte de la loi donne à entendre que tous les droits et tous les devoirs des parents d'origine disparaissent, ou plutôt qu'ils passent aux adoptants, faisant de l'adoption une reproduction aussi fidèle que possible des relations naturelles entre parents et enfants. D'autres dispositions dérogent cependant au principe de l'assimilation complète des relations « adoptives » aux relations « naturelles ». L'adopté, par exemple, n'entre pas dans un rapport de parenté avec les parents de l'adoptant ; il « n'acquiert pas de droits de succession dans la famille de l'adoptant... L'enfant garde son droit de cité antérieur... il conserve tous ses droits successoraux dans sa famille naturelle... »². Les dérogations autorisées par la loi (art. 268 al. 3) « sont permises notamment en ce qui concerne les droits pécuniaires, mais non quant à la condition purement personnelle et au droit de cité de l'adopté... Les effets restreints de l'adoption se manifestent encore en ceci qu'à la différence de la filiation légitime et de la légitimation, elle ne crée pas un état définitif et immuable. Une révocation reste possible... »². En outre, l'adopté conserve une obligation subsidiaire d'entretien à l'égard de ses parents du sang, et de leur côté, ces derniers conservent, subsidiairement aussi, une obligation alimentaire à son égard. A ce propos, M. Silbernagel écrit : Pas davantage que le droit de visite des parents du sang, cette obligation ne peut être exclue par le contrat d'adoption³. L'allusion de cet auteur au droit de visite est significative. Plus loin, il admet pourtant qu'il peut être supprimé par l'intervention de certaines autorités. Egger constate de son côté⁴ que la puissance paternelle des parents germains prend définitivement fin, sans rien dire du droit de visite. Il ne prétend pas, comme le relève justement le Tribunal supérieur zuricois⁵, que les droits naturels des parents disparaissent totalement et définitivement. Or, en droit suisse, le retrait de la puissance paternelle n'exclut pas le droit de visite, puisque, même en cas d'application de l'article 285 CCS, ce droit est réservé.

¹ Cf. Trib. sup. de Zurich, 17.5.1955, in *RDT*, 1957, p. 14 ss.

² TUOR, p. 215.

³ Commentaire de l'art. 268, N. 22.

⁴ Commentaire de l'art. 268, N. 9.

⁵ Jugement du 17.5.1955 in *BIZR* 56, N. 87, p. 130.

Par conséquent, la perte de la puissance paternelle qui résulte de l'adoption n'entraîne pas la perte du droit de visite pour le parent naturel: Le droit aux relations personnelles et la puissance paternelle sont indépendants l'un de l'autre.

Le droit aux relations personnelles semble donc être acquis aux parents par le sang de l'enfant adopté. C'est du moins l'avis de nombreux tribunaux et de la majorité des auteurs ¹. D'aucuns insistent cependant sur l'idée que l'adoption doit reproduire aussi fidèlement que possible les conditions familiales naturelles et qu'elle exclut de ce fait tout droit de visite des parents du sang ². Si le principe admis par l'opinion dominante a pour lui l'avantage de bases juridiques peut-être plus solides, l'opinion minoritaire n'en garde pas moins une grande valeur. Elle tient compte en effet d'une condition indispensable au succès de toute adoption d'un enfant, à savoir la rupture de tout lien avec les parents du sang, rupture qui garantit d'emblée aux adoptants que leurs rapports avec l'enfant ne seront pas troublés par des interventions néfastes et peut-être intéressées de ses père et mère.

Il est donc légitime que les futurs adoptants prennent certaines précautions et exigent cette garantie. Comme elle est moins destinée à satisfaire leurs désirs que nécessaire au succès de l'adoption, soit en définitive à l'intérêt même de l'enfant, il fallait trouver le moyen de la leur donner. Le moyen le plus simple et le plus courant est la renonciation expresse à l'exercice de leur droit de visite de la part des parents du sang ³. Ce n'est pas au droit lui-même qu'ils renoncent, mais à son exercice ⁴. La renonciation doit être expresse, car l'abandon d'un droit ne se présume pas ^{5 6}. Si cette formalité n'a pas eu lieu et que

¹ SILBERNAGEL-WÄBER, Art. 268, N. 22; HEGNAUER, Art. 268, N. 36; FEHR, in *RDt* 1947, p. 134-135.

² KISTLER, in *RDt* 1952, p. 123; DORA SCHWEIZER, p. 167-168; BALTENSWEILER, p. 80-81 et 82.

³ BALTENSWEILER écrit à ce sujet: « ... Hätte die Praxis nicht den Weg gefunden, den leiblichen Eltern den Umgang mit ihrem adoptierten Kinde zu verunmöglichen, so wären mindestens 80 % aller in den letzten 15 Jahren durchgeführten Adoptionen verunmöglicht gewesen! », p. 81; cf. aussi HEGNAUER, Art. 368, N. 36, Art. 265, N. 19; FEHR, in *RDt* 1957, p. 135.

⁴ La plupart des auteurs qualifient en effet ce droit d'« unverzichtbar ».

⁵ FEHR, *ibid.*; Trib. sup. de Zurich, 17.5.1955, in *RDt* 1957, p. 14.

⁶ On peut se demander ce que vaut, juridiquement, une telle renonciation. SILBERNAGEL prétend que le contrat d'adoption ne peut exclure totalement le droit de visite, une telle disposition étant contraire aux bonnes mœurs. Mais cet auteur admet que ce droit peu têtre retiré par l'autorité aux parents du sang en l'absence d'un contrat d'adoption (Commentaire ad Art. 268, N. 19). Il ressort en revanche du commentaire de CYRIL HEGNAUER que cette renonciation est juridiquement valable: Art. 268, N. 36. Le fait qu'en Suisse, *de lege lata*, le droit de visite est conçu dans l'intérêt de son bénéficiaire parle en faveur de la validité d'une telle renonciation. En outre, l'autorité pouvant supprimer ce droit si tel est l'intérêt de l'enfant, il serait logique qu'on puisse laisser au bénéficiaire l'initiative d'une telle renonciation. Cela d'autant plus qu'en droit français le choix de l'adoption avec rupture des liens familiaux ou de la légitimation adoptive prive les parents d'origine de tout droit, y compris du droit de visite.

l'intérêt de l'enfant exige la rupture de tout contact avec les parents d'origine, l'autorité tutélaire peut prendre les mesures qui s'imposent sur la base des articles 283 ss et 326 CCS.

Il y aurait avantage à tenir compte des expériences utiles relatées par les auteurs minoritaires en admettant que le droit aux relations personnelles n'est pas aussi inaliénable¹ qu'on le prétend. Il devrait être automatiquement supprimé dès qu'il y a adoption, son maintien n'étant expressément réservé que lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.

Depuis le décret-loi du 29 juillet 1939, l'adoption produit en France des effets bien différents selon qu'elle a lieu avec maintien ou avec rupture des liens de parenté. « A défaut de décision expresse du tribunal, l'adoption ne fait pas sortir l'enfant de sa famille naturelle. Les liens qui le rattachent à ses parents ne sont pas rompus.² » Quant à l'adoption avec rupture des liens familiaux, elle doit être demandée de manière expresse au juge qui décide après enquête. Dans ce cas, l'adopté ne peut être qu'un mineur de 21 ans. La légitimation adoptive est une solution plus radicale encore. Elle donne à l'adopté la qualité d'enfant légitime de l'adoptant. L'adopté ne peut être qu'un enfant de moins de 5 ans, abandonné par ses parents ou dont les parents sont inconnus, disparus ou décédés. Il sort de sa famille d'origine « et a les mêmes droits et les mêmes obligations que s'il était né du mariage de ses parents adoptifs... »³. Cette forme d'adoption semble exclure tout droit de visite.

Certains auteurs, tel M. Guiho, estiment que les parents par le sang de l'enfant adoptif ont en principe le droit de demeurer en relation avec lui⁴. D'autres, comme M. Rouast, soulignent que, « dans l'adoption simple du moins, les parents par le sang conservent certains droits sur leurs enfants, ne serait-ce qu'un droit de visite, et que cette intrusion possible de la famille d'origine est de nature à faire reculer les adoptants »⁵. Mais, remarque M. Houin, « cette immixtion n'est pas à redouter au cas de légitimation adoptive ou au cas d'adoption comportant rupture de la famille d'origine. C'est donc aux adoptants ou à l'œuvre d'adoption qu'il appartient de demander au tribunal de prononcer l'une ou l'autre de ces formes d'adoption. »⁶ On en conclut que, sauf en cas d'adoption simple, les parents d'origine n'ont en général pas le droit de maintenir des relations personnelles avec l'enfant adoptif⁶.

¹ « Unentziehbar », en allemand.

² ANCEL, *op. cit.*, p. 184.

³ ANCEL, p. 186.

⁴ N. 28 et 31; à quelques nuances près, L. GASTON partage le même point de vue, p. 68.

⁵ Intervention de MM. ROUAST et HOUIN dans les *Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, année 1951-1952, vol. 7, p. 202.

⁶ Dans ce sens, cf. une analyse très intéressante de H. DESBOIS, in *RTDC* 1961, p. 474 ss (475).

En Allemagne, la plupart des auteurs sont, dans ce cas, favorables à la rupture des relations personnelles, pour permettre à l'enfant de se développer dans une atmosphère calme et une impression de sécurité ¹.

Il ressort de la comparaison des trois systèmes que le droit allemand laisse le moins de place au droit de visite des parents du sang en cas d'adoption. Il n'y est accordé qu'à titre exceptionnel ², c'est-à-dire quand il correspond vraiment à l'intérêt de l'enfant. En France et en Suisse au contraire, le droit de visite des parents du sang est en principe maintenu. Si l'on veut empêcher que les père et mère ne viennent troubler l'atmosphère familiale créée entre l'adoptant et l'adopté, il faut prendre des mesures propres à écarter le droit de visite. En France, en choisissant un mode d'adoption déterminé, en Suisse, en insérant une clause de renonciation à ce droit dans l'acte d'adoption.

A notre avis, la solution allemande paraît bien préférable à celle que le droit suisse a consacrée jusqu'ici : En garantissant au mieux le succès de l'adoption, c'est elle qui tient le plus compte de l'intérêt de l'enfant.

B. Droit de visite des parents adoptifs

1. Divorce des parents d'adoption

Considéré davantage comme une ultime protection des liens de la parenté du sang ³ que comme une survivance de la puissance paternelle, le droit de visite peut-il être accordé au parent adoptif privé par son divorce de la garde ou de la puissance paternelle ?

En Suisse, « la loi n'accorde un droit semblable envers les enfants qu'à leurs père et mère et aux parents adoptifs qui leur sont assimilés, en vertu de l'art. 268 CCS » ⁴. En France, le juge apprécie souverainement et, conformément au principe généralement admis, il accorde ce droit quand il correspond

¹ Catégoriques dans ce sens, cf. ACHILLES-GREIFF, § 1765 BGB, 1 a ; BEITZKE, in *Familienrecht*, p. 164 ; SOERGEL, §§ 74-75 EheG ; SCHNITZERLING, in *FamRZ*, 1958, p. 445 ; cet auteur précise par ailleurs : « ... Wird aber der persönliche Verkehr unter Missbrauch des Erziehungsrechts und zum Nachteil des Kindes unterbunden, ist ein Einschreiten von Amts wegen möglich, wenn nicht gerade eine Inkognito- (Geheim-) Adoption vorliegt », in *Zentralblatt...* 1960, p. 17-19 ; l'avis de KRÜGER-BREITZKE-NOWACK est plus nuancé que celui des précédents : *Einleitung*, N. 233.

² Au contraire, L. GASTON prétend qu'en France « les magistrats ne la prononceront (la rupture de tout lien) que si la demande de l'adoptant leur semble inspirée, en définitive, par l'intérêt impérieux du mineur », p. 68.

³ Mais aussi des liens d'une parenté purement « légale », qui ne recouvrent pas nécessairement la parenté du sang.

⁴ ATF du 24.2.1928, in *JdT* 1928, p. 194 ss.

à l'intérêt de l'enfant¹. Un jugement de l'« Amtsgericht » de Marburg² — dans une espèce particulière, il est vrai, mais fort intéressante — reflète la solution généralement admise en droit allemand : Lorsque le père illégitime, qui a adopté l'enfant conjointement avec sa première femme, épouse après le divorce la mère véritable de l'enfant, ce dernier est légitimé conformément au § 1719 BGB. Le statut d'enfant adoptif reste cependant prioritaire. Les dispositions des §§ 74 et 75 EheG, de même que le § 1634 BGB n.F. sont également applicables aux enfants adoptifs d'un couple divorcé. On ne peut en principe supprimer complètement le droit de visite du parent adoptif qui n'a pas le droit de garde.

Si, à côté de la mère ou du père adoptif, les parents du sang bénéficient eux aussi d'un droit de visite, il sera difficile de donner satisfaction à chacun d'eux sans imposer à l'enfant un perpétuel va-et-vient, c'est-à-dire une dangereuse instabilité, et sans remplir ses loisirs d'un programme de visites surchargé.

2. Divorce en cas d'adoption par un seul époux

L'unique parent adoptif à qui l'enfant n'est pas confié par le jugement de divorce est dans la même situation que le divorcé qui avait adopté conjointement³. « Il a le droit de conserver ... les relations personnelles indiquées par les circonstances » (art. 156 al. 3 CCS).

A quel titre par contre, l'époux qui n'a pas adopté ferait-il valoir un tel droit ? Aucun des motifs invoqués précédemment : Survivance de la puissance paternelle, protection des liens du sang ou de la filiation légale, ne peut être invoqué ici. Les intéressés sont réciproquement des étrangers sur le plan légal. Pourtant, une rupture totale de leurs relations pourrait être cruelle et dommageable pour l'enfant dont l'intérêt doit être sauvegardé.

Commentant un arrêt de la Cour de Paris⁴ qui accorde un droit de visite à l'épouse divorcée du père adoptif, M. Desbois souligne que « ... les motifs énoncés ... ne relèvent pas de la pure affectivité ; des considérations précises sont déduites de la qualité des relations qui existaient entre l'enfant et la femme de son père adoptif... Les étrangers ne peuvent pas, pour réclamer des visites, invoquer un titre de même nature que les membres de la famille, mais, pour autant, ils ne doivent pas de toute nécessité être toujours éconduits...

¹ Cf. ci-dessous, note 4 : la Cour de Paris accorde un droit de visite à l'époux qui n'a fait que consentir à l'adoption faite par son conjoint.

² Du 21.5.1956, in *FamRZ*, 1956, p. 389-390 ; cf. aussi HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 2 ; PALANDT, § 1757, N. 2 ; SOERGEL, § 75 EheG, N. 3 ; SCHNITZERLING, in *FamRZ*, 1958, p. 445.

³ Cf. ci-dessus, p. 25, note 4, plus particulièrement.

⁴ Du 5.3.1959, in *RTDC*, 1959, p. 725-726.

Ils ne peuvent prétendre qu'à un droit réflexe, né des rapports qu'ils ont entretenus avec l'enfant, justifié par les services qu'ils lui ont rendus et sont encore capables de lui rendre. Leur droit n'est à vrai dire qu'un moyen de lui demeurer utiles et un mode d'expression de la gratitude qui leur est due. »

Dans un cas semblable, la création purement jurisprudentielle du droit de visite que connaît la France offre certains avantages par rapport aux systèmes suisse et allemand. Mais les motifs du juge français sont également utilisables dans ces deux pays, dans le cadre respectivement des articles 283 ss CCS et du § 1634 BGB. C'est sur la base de ces dispositions que des relations personnelles pourront être accordées à l'époux « étranger »¹, sans toutefois que ce dernier bénéficie d'un véritable droit.

Droit de visite des parents adoptifs déchus de la puissance paternelle. Sauf exception, de tels parents inspirent trop de méfiance pour qu'un droit de visite, même restreint, leur soit accordé. Dans les cas les plus graves, il y a lieu de révoquer l'adoption (art. 269 CCS).

§ 2. LES PARENTS ILLÉGITIMES

Les parents illégitimes font rarement ménage commun. Le père ou la mère qui vit séparé de l'enfant peut-il maintenir des relations personnelles avec lui?

En droit suisse, en cas de filiation illégitime, « l'autorité tutélaire peut conférer la puissance paternelle au père ou à la mère » (art. 325 al. 3 CCS). « La mère a le droit de conserver avec son enfant, s'il vit sous la puissance du père, les relations personnelles indiquées par les circonstances » (art. 326 al. 1 CCS). Doit-on considérer le silence de la loi comme un refus de ce droit lorsque la puissance paternelle n'est pas confiée au père?

Une interprétation aussi restrictive serait à la fois inhumaine et illogique. Les relations de la mère avec l'enfant ne doivent pas dépendre de la capacité ou de l'incapacité du père d'exercer la puissance paternelle; rien non plus n'exige *a priori* que la mère renonce à ses relations personnelles avec son enfant s'il est sous tutelle² et placé dans un milieu étranger. En outre, si la mère exerce son droit de visite dans un milieu neutre, ni elle ni l'enfant ne souffriront des situations que provoquent parfois les visites exercées chez le père ou dans sa famille. L'article 326 al. 1 semble bien plutôt préciser l'obligation du père illégitime et des siens, d'admettre et de faciliter ces relations.

¹ La solution donnée par le Tribunal fédéral à un conflit opposant le père de l'enfant aux grands-parents maternels de ce dernier est applicable ici par analogie. Cf. ci-dessous, note 1, p. 32.

² Ou dont la garde seulement aurait été retirée au père.

Concernant le droit de visite de la mère sur son enfant illégitime placé sous tutelle, on ne peut que se rallier à la solution proposée par le Tribunal cantonal vaudois: « Le code civil ne reconnaît expressément un tel droit en matière de filiation illégitime, que dans le cas où la puissance paternelle est allouée au père qui a reconnu l'enfant ... le droit aux relations personnelles doit être reconnu par analogie à la mère dont l'enfant naturel est placé sous la tutelle d'un tiers et n'a pas été confié à sa garde. ¹ »

Quant au silence de la loi à propos du droit de visite du père illégitime, est-il voulu ou est-il fortuit? De l'avis des auteurs et de nombreux tribunaux, il s'agit d'une lacune, sinon d'une erreur ².

Deux motifs apparemment contradictoires conduisent le Tribunal fédéral à accorder le droit de visite. Dans le cas d'un enfant né durant le mariage, mais issu des œuvres d'un tiers et non désavoué, le Tribunal fédéral reconnaît au mari le droit de conserver des relations personnelles avec l'enfant après le divorce. Il motive ainsi sa décision: « La loi ne fait ... pas dépendre le droit de l'art. 156 al. 3 du fait de ce rapport naturel » (il s'agit des liens du sang), « mais du rapport légal de la filiation légitime, qui résulte de la naissance de l'enfant durant le mariage (éventuellement de la légitimation ou de l'adoption) » ³. On pourrait en conclure, *a contrario*, que rien ne justifie le droit du père illégitime à des relations personnelles. Dans un arrêt du 24 février 1928, notre Cour suprême estimait en revanche que « le droit des parents d'avoir des relations personnelles avec leurs enfants repose sur le lien étroit qui existe entre eux et leurs enfants, naturellement, du fait qu'ils les ont engendrés » ⁴. Si tel est vraiment le cas, s'il s'agit « d'un droit naturel » ⁵, alors on doit admettre qu'il appartient à tout père, que la filiation soit légitime ou non.

D'aucuns proposent de faire une distinction entre le père qui reconnaît spontanément son enfant, lui manifestant ainsi son intérêt tout en inspirant une certaine confiance, et le père qui cherche à se soustraire à toute responsabilité. On pourrait accorder un droit de visite au premier ⁶ tandis qu'on le contesterait au second. Si l'idée paraît soutenable quant à la protection de l'enfant, elle ne se justifie pas juridiquement. C'est bien plutôt par une différence « dans la mise en œuvre du droit de visite » ⁷ que l'on pourra tenir compte de l'attitude du père.

¹ Arrêt du 30.8.1954 in *RDT*, 1955, p. 141 ss.

² Cf. HOERNI, p. 166-167; EGGER, Art. 326, N. 1; SILBERNAGEL, Art. 326, N. 2; KISTLER, in *RDT*, 1952, p. 122 ss; A. MÜLLER, p. 15-16; Conseil d'Etat bernois, 14.8.1959, in *RDT*, 1961, p. 51-55, N. 12.

³ ATF du 8.11.1945, in *JdT*, 1946, p. 79 ss (RO 71 II 208).

⁴ In *JdT*, 1928, p. 194 ss (RO 54 II 4).

⁵ ATF du 4.4.1946, in *JdT* 1946, p. 322 ss (RO 72 II 10).

⁶ Cf. SCHULTHESS, p. 264.

⁷ Note d'A. ROUAST, in *Rec. Dalloz*, 1959, p. 9, à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9.10.1958.

En France, en l'absence de toute disposition légale ad hoc, c'est une fois encore les tribunaux qui résolvent le problème. « La situation de parents naturels se disputant la garde de l'enfant est, en effet, assimilable à celle d'époux divorcés ou séparés. Il est naturel d'appliquer par analogie l'art. 302 (rédaction de l'ord. du 12 avril 1945), qui, écrit pour le divorce et étendu à la séparation de corps, prévoit la dissociation éventuelle du droit de garde et des autres droits. ¹ »

Une distinction est faite entre les enfants naturels simples, les enfants adultérins et incestueux et les enfants dont la filiation naturelle n'est pas juridiquement établie. Pour les premiers, c'est-à-dire ceux dont la filiation est établie à l'égard des deux parents, le ou les parents non gardiens ont en principe un droit de visite.

La réponse est plus nuancée pour les autres. En effet, « ... les droits découlant de la filiation naturelle, même les droits réduits attachés à la qualité d'enfant adultérin ou incestueux, supposent en principe une filiation juridiquement établie... Ce n'est pas dire que la filiation naturelle de fait soit dépourvue de toute efficacité juridique... Elle peut faire naître certains droits au profit des parents comme le droit de visite que les tribunaux reconnaissent parfois aux parents de fait. ² »

La jurisprudence française offre effectivement des exemples de droit de visite accordé à ces différentes catégories de parents illégitimes ³. La Cour de Paris motive ainsi l'attribution de ce droit à un père adultérin « de fait » : « Alors qu'une jurisprudence bien établie n'hésite pas à reconnaître aux grands-parents naturels semblable droit malgré l'absence de tout lien juridique de filiation entre eux et les enfants naturels de leur fils ou de leur fille, à plus forte raison est-il équitable de faire découler de la paternité adultérine de fait d'un homme qui a toujours témoigné à ses enfants les sentiments d'un véritable père ... le principe d'un droit de visite ... ⁴ » « Il y aurait, en effet, contradiction de la part de la mère, seule investie de la puissance paternelle sans doute, mais sollicitant les subsides de son ex-amant et mari, en qualité de père de fait, à ne plus reconnaître cette situation sur le terrain sentimental du droit de visite. ⁵ » Dans un arrêt du 9 octobre 1958, la Cour de Paris accorde à nouveau ce droit à un père adultérin. En plus du motif invoqué précédemment (droit de visite accordé aux grands-parents naturels), la Cour fait valoir que l'obligation alimentaire du parent adultérin emporte pour lui le droit

¹ Note de G. LAGARDE, in *RTDC*, 1954, p. 297, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 16.12.1953.

² MARTY et RAYNAUD, N. 768.

³ Aux parents d'un enfant naturel simple, Cour de cassation, 16.12.1953, in *Gaz. Pal.*, 1954, I, J., p. 141.

⁴ Arrêt du 4.6.1954, commenté in *RTDC* 1954, p. 639-40.

⁵ G. LAGARDE, commentaire in *RTDC* 1954, p. 640.

et le devoir de maintenir des contacts avec l'enfant !¹ MM. Rouast² et Desbois³ soulignent la fragilité de cet argument, car « autre chose est de payer une pension, ce qui est une simple prestation pécuniaire, autre chose est d'avoir un droit de visite, ce qui soulève des questions d'ordre familial et moral. Les parents qui sont tenus de subvenir aux besoins de l'enfant peuvent être privés de tout contact avec lui », relève M. Rouast, qui précise encore : « Si le droit de visite du père adultérin trouve ainsi un fondement, sa mise en œuvre peut soulever des questions délicates, dont le juge devra tenir compte... Dans le cas du père adultérin l'intérêt de l'enfant doit particulièrement être envisagé, car il n'est pas toujours bon pour son éducation qu'il ait des relations avec un père qui est peut-être indigne, en dépit des subsides pécuniaires qu'il fournit. »² M. Desbois relève à propos du père adultérin qui attend d'être condamné à payer une pension pour l'enfant : « Mais, là encore les juges peuvent-ils fermer les yeux à la réalité ? S'ils prononcent la condamnation, c'est qu'ils sont convaincus de la paternité du défendeur, et ce n'est pas proclamer la filiation légale que d'assortir une pension, fondée sur la filiation de fait, d'un droit de visite qui en est la contre-partie normale. Cette considération finira sans doute par triompher d'un argument de pure logique, déduit de la lettre de l'article 342 bis, qui institue une action d'aliments, arbitrairement détachée de sa cause, la filiation. Mais..., le père qui, au lieu de prendre l'initiative d'un engagement alimentaire, aura attendu d'être condamné au versement d'une pension, inspirera la défiance et la circonspection. »⁴

En Allemagne, le § 75 EheG précisait que le bénéficiaire du droit de visite était « l'époux qui... ». Seul donc un époux pouvait se prévaloir de cette disposition. Quand l'enfant illégitime n'était pas confié à sa mère, les relations personnelles étaient accordées et organisées par le gardien de l'enfant⁵.

Quant au § 1634 BGB n. F. actuellement en vigueur, il désigne comme bénéficiaire du droit aux relations personnelles « un parent qui... ». Les termes mêmes de cette disposition et son insertion dans le chapitre réservé à la

¹ Arrêt du 9.10.1958, in *Rec. Dalloz*, 1959, p. 8.

² In *Rec. Dalloz*, 1959, p. 8-9.

³ In *RTDC*, 1959, p. 85-86.

⁴ DESBOIS, in *RTDC* 1959, p. 85-86.

⁵ Il s'agit ici de la situation examinée ci-dessus en pages 13. Le jugement du Tribunal d'Empire en question s'appliquait précisément à la mère d'un enfant illégitime. De l'argumentation de cet arrêt fondamental, il résultait que le § 75 EheG devait être considéré comme une réglementation spéciale, applicable seulement au droit matrimonial, à l'exclusion des autres cas de perte du droit de garde. Ainsi, la mère naturelle privée du droit de garde aux termes des §§ 1666, 1738 ou 1765 BGB, ne pouvait-elle bénéficier des relations garanties par le § 75 EheG. Cependant, à cause des liens intimes qui unissent mère et enfant, et bien qu'aucune disposition légale expresse ne les protégeât, les relations personnelles entre la mère et l'enfant ne pouvaient être supprimées totalement par le gardien que pour des raisons tout à fait exceptionnelles.

puissance paternelle en général semblent indiquer que tout parent, légitime ou non, qui n'a pas la garde de l'enfant, bénéficie de ce droit. Plusieurs auteurs estiment cependant que cette disposition n'est pas applicable aux relations personnelles entre parents et enfants illégitimes¹. Plus novateurs et plus larges que les autres, Krüger-Breetzke-Nowack pensent que, sur la base de l'article 6 al. 4 et 5 GG (« Grundgesetz »), un droit aux relations personnelles doit être accordé tant à la mère — que l'enfant naturel ait ou non été déclaré légitime — qu'au père illégitime². Schnitzerling prétend quant à lui que la jurisprudence a déjà dégagé suffisamment de principes utilisables dans ce domaine sans qu'il faille encore recourir à la « Grundgesetz ». Il souligne par exemple que la mère d'un enfant illégitime déclaré légitime peut bénéficier d'un droit de visite sur la base de considérations d'ordre moral, si cela est conforme à l'intérêt de l'enfant³. Tout récemment, le professeur F. W. Bosch s'est prononcé contre un droit de visite du père illégitime, dans son rapport au Juristentag allemand⁴. Le corapporteur, professeur Gustav Böhrmer, a émis un avis différent pour le cas du père qui s'acquitte fidèlement de ses obligations⁵.

L'examen des trois systèmes révèle à nouveau que le droit français, grâce à la souplesse et au dynamisme de sa jurisprudence peut, s'il le faut, accorder le droit de visite dans tous les cas de filiation illégitime. Par l'article 326 al. 1, le CCS ne le prévoit qu'en faveur de la mère illégitime dont l'enfant vit sous la puissance paternelle du père. Par analogie et équité, et aussi pour tenir compte de la genèse de cet article et des exigences de chaque cas, la jurisprudence et les auteurs autorisent également le père à maintenir des relations avec son enfant illégitime, sans toutefois lui en reconnaître un véritable droit. Quant au droit allemand, tout en protégeant le lien étroit qui unit par le sang enfants et parents illégitimes, il hésite à le faire au titre des relations personnelles garanties par le § 1634 BGB n. F. S'il est dans l'intérêt de l'enfant que ce lien ne soit pas totalement rompu, le tribunal de tutelle peut être appelé à le sauvegarder, mais sur une autre base que cette disposition.

¹ Cf. BEITZKE, *Familienrecht*, p. 168, § 33 ; PALANDT, § 1738, rem. 1 ; SOERGEL, § 75, EheG, N. 3.

² *Einleitung*, N. 231-232.

³ In *FamRZ*, 1958, p. 446 ; dans ce sens, cf. entre autres OLG de Dresde, 21.8.1947, in *JR* 1948, p. 322.

⁴ *Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages*, Hannover 1962, Band I, 1. Teil, Heft B, p. 93-94.

⁵ *Ibid.*, Band I, 1. Teil, Heft A, p. 104-105 et 117.

§ 3. LES GRANDS-PARENTS

Le droit de visite des grands-parents pose des problèmes plus délicats que celui des parents, du fait qu'il entre en concurrence avec la puissance paternelle, le droit de garde ou éventuellement le droit de visite des parents eux-mêmes.

A. *Les grands-parents légitimes*

Le Code civil suisse n'accorde pas de droit de visite aux grands-parents, qu'ils soient légitimes ou non. La jurisprudence et les auteurs sont généralement d'accord pour déclarer qu'on ne saurait tirer le principe de ce droit « ni du texte de la loi, ni de l'interprétation que l'on peut faire de ces textes »¹. Pour motiver son refus, le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que le droit d'avoir la garde des enfants est un effet de la puissance paternelle. Or, nulle part le CCS ne reconnaît « un droit des grands-parents, analogue à la puissance paternelle »¹. Il souligne toutefois que le « droit d'entretenir des relations personnelles entre parents et enfants n'est pas une conséquence nécessaire de la puissance paternelle... »¹. Ce « droit ... repose sur le lien étroit qui existe entre eux et leurs enfants, naturellement, du fait qu'ils les ont engendrés... Mais, bien qu'il existe également entre grands-parents et petits-enfants un lien de parenté étroit, qui se fait sentir d'une façon particulièrement vivante lorsque les grands-parents ont élevé un de leurs petits-enfants à la place des parents ou concurremment avec un des parents, on ne peut pourtant pas parler d'une lacune de la loi, lorsque celle-ci n'accorde pas de droit de visite aux grands-parents à côté des parents, et lorsqu'elle ne leur donne pas le droit de demander que la garde de leurs petits-enfants leur soit confiée. La loi ne règle les rapports entre grands-parents et petits-enfants que dans deux cas : dans le titre de la famille, à l'article 328 lorsqu'elle fixe une obligation réciproque à la dette alimentaire entre grands-parents et petits-enfants, et dans les articles 470 et 471 lorsqu'elle accorde aux petits-enfants, en leur qualité de descendants, une réserve dans la succession de leurs grands-parents. Mais le code civil suisse n'a pas cru devoir accorder aux grands-parents, bien qu'ils fussent obligés de fournir des aliments à leurs petits-enfants, un droit d'avoir des relations personnelles avec eux. Le Code civil suisse a intentionnellement laissé à la coutume et aux usages le soin de régler ces rapports personnels. Le côté personnel des relations entre membres d'une même famille, dépend plus que tout autre domaine des relations humaines, de la coutume et des

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 24.2.1928, in *JdT* 1928, I, p. 194 ss (*RO* 54 II 4).

usages, aussi le législateur n'est-il intervenu qu'avec réserve dans ce domaine personnel.¹ » Le Tribunal fédéral démontre ensuite que, sur le plan historique et doctrinal, on ne saurait non plus interpréter le silence du CCS comme une lacune. Puis il ajoute : « Du reste, la réglementation légale des relations personnelles entre grands-parents et petits-enfants conduirait certainement à des inconvénients : en effet, comme il faudrait accorder les mêmes droits aux grands-parents paternels qu'aux grands-parents maternels, si chacun des quatre grands-parents prétendait à un droit de visite ou de garde sur leurs petits-enfants, ceux-ci seraient par trop bousculés entre parents et grands-parents, ce qui pourrait devenir franchement insupportable au cas où l'un ou l'autre des grands-parents viendrait à vivre séparé de son conjoint.¹ » Le brusque passage du plan historique et doctrinal au plan purement pratique surprend quelque peu. Mais il est heureux que le Tribunal fédéral ne perde pas de vue cet aspect si important du problème.

Dans ses conclusions, le Tribunal fédéral admet pourtant que la rupture totale des relations entre grands-parents et petits-enfants pourrait porter préjudice à ces derniers : « Une suspension prolongée des relations personnelles aurait pour conséquence que grands-parents et petite-fille deviendraient étrangers l'un à l'autre ; l'enfant pourrait en être blessée dans son sentiment moral et subir un préjudice important. En outre, le père en séparant ainsi enfant et grands-parents pourrait nuire à l'enfant dans ses attentes successorales à l'égard de ses grands-parents. Tout cela ne serait pas compatible avec l'exercice bien compris de la puissance paternelle et avec les usages admis dans notre peuple, de sorte que les autorités pourraient être amenées à intervenir, conformément aux articles 283 et suivants.¹ »

Les juridictions inférieures s'alignent sur la jurisprudence du Tribunal fédéral et n'accordent pas de droit de visite aux grands-parents². Dans leur majorité, les auteurs suisses partagent aussi ce point de vue³, très conscients pourtant de l'importance qu'il y a pour l'enfant à maintenir un contact avec ses grands-parents⁴.

Cependant, un avocat vaudois ne cache pas son insatisfaction devant la solution consacrée par notre Cour suprême. Si, en cas de vie conjugale normale, il est difficile d'imposer aux époux des relations personnelles entre leur enfant et ses grands-parents — auxquels les oppose peut-être un conflit — et cela malgré les mesures que pourraient prendre les autorités, on doit à son avis prévoir un droit de visite en faveur de ceux-ci en cas de divorce, de

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 24.2.1928 in *JdT* 1928, I, p. 194 ss (*RO* 54 II 4).

² Cf. Genève, Cour de Justice civile, 3.2.1953, in *Sem. Jud.*, 1954, p. 174 ss ; Trib. sup. de Zurich, 3.7.1940, in *BlZR* 1942, p. 277, C. litt. hh, p. 278 et in *SJZ* 1941-42, vol. 38, p. 44, N. 11.

³ EGGER, Art. 156, al. 3, N. 21 ; PICOT, p. 81 a ; BELZA, p. 25.

⁴ BELZA, p. 25 ; BEIN, p. 10 ; HAFTER (II), p. 43.

séparation de corps et même « de veuvage du père ou de la mère »¹. En effet, la situation des enfants est alors tragique et préjudiciable, et il semble naturel « que les premières personnes auxquelles on doive et puisse s'adresser dans de tels cas soient principalement les grands-parents qui remplacent en quelque sorte — juridiquement et moralement — la déficience des parents. Or, chose curieuse, les Tribunaux ignorent le plus souvent les grands-parents, ne les entendent pas d'office comme témoins et l'on préfère presque toujours des tiers, des inconnus, etc. Sans doute, les grands-parents sont souvent âgés et incapables de se charger d'un pareil fardeau. Mais autre chose est de leur confier la garde d'enfants, autre chose est de les entendre en procédure et de leur réserver en tout état de cause un droit de visite... Ici, nous ne voulons pas entrer dans les détails, mais seulement essayer de faire rentrer dans la vie juridique les grands-parents, en leur confiant certains droits minima, à raison du lien de sang qui les unit à leur descendance², de la grande injustice qu'il y a à leur faire supporter les conséquences de telle mauvaise conduite de leur fils ou fille, et enfin, l'intérêt social primordial, l'intérêt familial pour les petits-enfants à connaître leurs grands-parents, à entendre d'eux certains enseignements, souvenirs, principes, traditions. La loi doit aider, étayer la cellule familiale en ligne descendante directe. Elle ne doit pas seulement envisager les questions d'argent, ... mais avant tout et surtout les intérêts moraux, socialement utiles et nécessaires. »³ ⁴

¹ KRAFFT, in *SfZ* 33, p. 231 ss.

² Ce motif est le principal que la jurisprudence française invoque en faveur du droit de visite des grands-parents.

³ KRAFFT, *ibid.*

⁴ Par lettre du 7.2.1956, MM. KRAFT et BRIDEL (rédacteur en chef de la *Tribune de Genève*) adressaient une pétition à l'Assemblée fédérale : se basant essentiellement sur les motifs invoqués ci-dessus par M^e Krafft, les auteurs de cette pétition demandaient à l'Assemblée fédérale « de bien vouloir mettre cette question à l'étude : soit d'envisager l'introduction dans le Code civil d'un article prescrivant expressément le droit de visite des grands-parents avec possibilité, en cas de violation de ce principe, de recourir au juge ». Le Département fédéral de justice et police à qui fut transmise cette pétition fit rapport à la Commission des pétitions du Conseil national le 18.10.1956. Dans ce rapport, il se réfère aux quelques rares études de doctrine relatives à la question (KISTLER, BELZA, EGGER) et à l'arrêt du Tribunal fédéral du 2.2.1928 (cité plus haut). Il relève qu'à l'étranger on accorde peu d'attention au droit de visite des grands-parents. En particulier, aucune législation des pays voisins ne résout la question. Il constate par contre que, selon la jurisprudence française et autrichienne, les grands parents peuvent prétendre à un tel droit. Du fait que le problème posé par la pétition est à peine discuté en public, le Département de justice et police déduit que la question n'est ni urgente ni de nature très grave. Il ne conteste pas, en revanche, que dans certains cas, en particulier lorsque le détenteur de la puissance paternelle fait preuve de mauvaise volonté, il serait avantageux de pouvoir organiser le droit de visite des grands-parents en se basant sur des dispositions légales dont le sens est clair. En conclusion, le Département de justice et police recommande de donner suite à cette pétition en suggérant qu'on l'invite à étudier le problème à la prochaine occasion, par exemple lors de l'examen des postulats Grendelmeier et Huber relatifs au droit de la filiation illégitime.

Les motifs invoqués par M. Krafft ne manquent certes pas d'intérêt et nous serions enclin à y souscrire. Cependant, les nombreux et douloureux conflits déjà provoqués par le droit de visite des parents font craindre que l'introduction d'une nouvelle catégorie de bénéficiaires de ce droit ne complique le problème. Elle risquerait de compromettre plus encore l'intérêt de l'enfant en le soumettant à davantage de tensions¹. En outre, de qui dépendraient l'attribution et la réglementation de ce droit? Certainement pas du juge du divorce, puisqu'il n'est pas question ici des rapports entre époux divorcés, mais principalement de la protection des intérêts de l'enfant. Or ce domaine ressortit en principe à la compétence de l'autorité tutélaire ou des services spécialisés de protection de l'enfance. Y aurait-il alors deux autorités compétentes simultanément, le juge pour ce qui est du droit de visite des parents, et l'autorité tutélaire en ce qui concerne celui des grands-parents?

Conscient lui aussi de l'intérêt que l'enfant peut avoir à rester en contact avec ses grands-parents, le législateur allemand n'a cependant pas cru, lui non plus, devoir accorder un droit de visite à ces derniers. Le § 1634 BGB n. F. n'est pas applicable dans ce cas, pas plus que ne l'était le § 75 EheG. Le parent gardien n'en est pas autorisé pour autant à perturber ou à supprimer sans motifs valables les relations avec les grands-parents². C'est sur la base du § 1666 BGB que ces relations peuvent être maintenues. Elles jouissent d'une protection particulière lorsque le parent « intermédiaire » est décédé ou que, émigré, détenu, il ne peut exercer son droit de visite³.

Certains auteurs prétendent pourtant que la loi peut être interprétée en faveur d'un droit de visite des grands-parents: Krüger-Breetzke-Nowack s'appuient notamment sur l'article 6 al. 1 de la Constitution qui élargit le concept de famille à un point tel, selon eux, qu'il permet d'accorder ce droit tant aux frères et sœurs qu'aux grands-parents et oncles et tantes de l'enfant⁴. Schnitzerling s'oppose à une extension aussi large de la notion de famille: La conception naturelle ne comprend par « famille » que les parents et les enfants et, dans certaines circonstances, également les beaux-enfants⁵.

¹ Ce que le Tribunal fédéral traduit en disant que la situation de l'enfant, bousculé entre ses parents et grands-parents, pourrait devenir « franchement insupportable » (cf. ci-dessus, p. 33).

² SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 446; ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 2; ACHILLES-GREIFF, § 75 EheG, N. 2; BEITZKE, *Familienrecht*, p. 142, VI; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 3 D; PALANDT, § 1634 BGB, n. F., N. 1; SOERGEL, § 75 EheG, N. 3 b, et références nombreuses citées par tous ces auteurs.

³ Kammergericht, in *Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1937, p. 102; OLG de Cologne, 28.7.1961, in *Zentralblatt...*, 1962, p. 81-82.

⁴ *Einleitung*, N. 229; cf. aussi DARKOW, autre partisan d'un droit de visite des grands-parents, dont les propositions sont intéressantes: « Haben Grosseltern ein Recht... », in *JR* 1953, p. 333-335.

⁵ In *FamRZ* 1958, p. 445.

En France tout au contraire, les grands-parents bénéficient largement du droit de visite. Cette solution ne s'est pas imposée sans hésitation ni sans heurts. En effet, si les parents se virent facilement accorder un droit de visite dès le ^{xix}^e siècle, il n'en fut pas de même pour les grands-parents. Ils se heurtèrent au refus des tribunaux qui ne voulaient pas ouvrir une pareille brèche dans la puissance paternelle. Mais, « progressant insensiblement, comme par un lent alluvionnement » ¹, la jurisprudence leur reconnut ce droit d'abord à titre exceptionnel, puis plus fréquemment et enfin régulièrement. Le juge des référés se vit même autoriser par la Cour de cassation à permettre à des grands-parents de recevoir l'enfant pour de brefs séjours durant l'instance en divorce ². Alors qu'au début elle hésitait à accorder un droit de visite, même modeste, il était logique que la jurisprudence refusât d'étendre les visites à des séjours, estimant qu'ils étaient incompatibles avec les droits du père. A l'heure actuelle, elle les accorde dès qu'ils sont le mode d'exercice le plus favorable et qu'ils sauvegardent les prérogatives de la puissance paternelle ³.

B. *Les grands-parents illégitimes*

Bénéficiant de la souplesse et du dynamisme de la jurisprudence dont la rigueur première devait fléchir, toutes les catégories de grands-parents illégitimes peuvent bénéficier d'un droit de visite sur leurs petits-enfants. Quelques réticences subsistent cependant dans certains cas, la question étant à la fois « beaucoup plus délicate et beaucoup plus contestable » ⁴ que lorsqu'il s'agit d'ascendants légitimes.

Une distinction est faite entre les descendants légitimes d'enfants naturels, les descendants naturels d'enfants légitimes et les descendants naturels d'enfants naturels. Dans le premier cas, le droit de visite a été rapidement et sûrement reconnu ⁵. Il est moins fondé sur la loi que justifié par les liens qui découlent de la communauté de sang unissant les grands-parents et leurs petits-enfants ⁶. La question est plus difficile pour la seconde catégorie. Ici encore, au lieu de vouloir fonder cette extension sur des arguments de texte et sur les données de l'histoire et de la tradition, ne vaudrait-il pas mieux « dire simplement que les tribunaux, jouissant en matière de parenté naturelle d'un pouvoir de contrôle étendu, accorderont un droit de visite aux grands-

¹ A. ROUAST, Note in *Rec. Dalloz et Sirey*, 1956, p. 153-154.

² Cour de cassation, Ch. civ. 2.11.1955, in *Dalloz et Sirey*, 1956, p. 153.

³ Cf. l'arrêt très important de la Chambre civile du 6.7.1931, in *Gaz. Pal.*, 1931, II, p. 424 qui marque un tournant décisif dans la jurisprudence relative au droit de visite.

⁴ L. GASTON, p. 76.

⁵ Cf. MARTY-RAYNAUD, N. 728 B.

⁶ Dans ce sens, cf. GASTON, p. 78-79, et SAUT, p. 130.

parents à l'égard des descendants naturels de leur enfant légitime, toutes les fois que l'exigera l'intérêt impérieux de l'enfant »¹? Cette conclusion de M. Gaston paraît plus réaliste que les arguments énumérés par certains auteurs : le tribunal a un pouvoir extrême en cette matière. S'il décide d'accorder le droit de visite, il trouvera les motifs qui conviennent ! C'est évidemment pour la troisième catégorie de grands-parents illégitimes que le droit de visite est le plus problématique et que la jurisprudence se montre le plus réticente². Cependant, de l'extraordinaire largesse des tribunaux qui admettent que les grands-parents sont fondés à se prévaloir du « lien de parenté résultant de la communauté du sang » pour entretenir des relations avec l'enfant, on peut conclure qu'un tel lien existe aussi avec les enfants naturels des descendants naturels et qu'il permet d'obtenir ce droit. « Mais, ajoute M. Guiho, il faut, bien entendu, tant pour les père et mère que pour les autres ascendants, que la filiation soit prouvée, et pour cette raison le droit de visite doit être en principe refusé dans le cas d'une filiation adultérine ou incestueuse. »³ Or, se basant sur le fait « qu'une jurisprudence bien établie n'hésite pas à reconnaître aux grands-parents naturels semblable droit malgré l'absence de tout lien juridique de filiation entre eux et les enfants naturels de leur fils ou de leur fille »⁴, la Cour de Paris conclut : « A plus forte raison est-il équitable de faire découler de la paternité adultérine de fait d'un homme qui a toujours témoigné à ses enfants les sentiments d'un véritable père... le principe d'un droit de visite. »⁴ »

Qu'en conclure, sinon que la réserve faite par M. Guiho est ignorée par une partie de la jurisprudence, le principe admis étant plutôt d'accorder ce droit aux grands-parents naturels même dans les cas où il y a filiation incestueuse ou adultérine ? On doit constater au surplus que trop d'*afortiori* et d'équité risquent de déboucher dans l'arbitraire, tous les motifs pouvant en définitive être invoqués par le juge pour accorder ce droit.

C. Les grands-parents « adoptifs »

Le cercle très large des bénéficiaires du droit de visite en France nous conduit à l'examen d'un dernier cas dans ce paragraphe : Quels sont les effets de l'adoption sur le droit de visite des grands-parents ?

L'adopté qui ne rompt pas les liens avec sa famille d'origine y conserve ses droits (art. 351 CCF). Légitimes ou non, ses grands-parents continuent alors d'exercer à son égard les droits qui n'ont pas passé à l'adoptant. « Il en

¹ GASTON, p. 81.

² La Cour de Lyon s'est prononcée contre ce droit, le 30.7.1942, cf. J.C.P. 1943, II, 2178, note H. DESBOIS.

³ GUIHO, N. 70.

⁴ Cour de Paris, 4.6.1954, in *RTDC* 1954, p. 639-640.

est ainsi du droit de visite des ascendants.¹ » Tout lien peut en revanche être rompu avec la famille d'origine, y compris le droit de visite des ascendants, s'il est fait application du décret-loi du 29 juillet 1939 (voir ci-dessus p. 24).

Quant aux ascendants de l'adoptant, ils ne bénéficient pas de ce droit, puisque par principe l'adoption ne crée aucun rapport entre l'adopté et les parents de l'adoptant. La situation est différente en cas de légitimation adoptive: Si les ascendants des légitimants ont adhéré expressément à la légitimation, ils pourront, assimilés à des ascendants légitimes, bénéficier de ce droit le cas échéant. En cas de non-adhésion, ce droit leur est refusé.

§ 4. AUTRES TITULAIRES

Pas davantage qu'aux grands-parents, le Code civil suisse n'accorde un droit de visite aux oncles et tantes ou aux frères et sœurs de l'enfant. La jurisprudence et les auteurs sont d'accord à ce sujet². Cependant, si la rupture de tout contact avec certaines de ces personnes résultait d'un abus manifeste de la puissance paternelle ou du droit de garde et lésait l'intérêt de l'enfant, des relations personnelles pourraient être aménagées sur la base des articles 283 ss CCS.

A quelques nuances près, la situation est la même en Allemagne: Les collatéraux ne bénéficient d'aucun droit de visite. Le cas échéant, des relations personnelles pourraient être maintenues, mais sur la base du § 1666 BGB n. F.³.

Ici encore, la jurisprudence française consacre des solutions plus souples que les droits suisse et allemand. Elle accorde le droit de visite non seulement aux collatéraux, mais parfois aussi à des personnes qu'aucun lien de parenté n'unit à l'enfant.

Les premiers collatéraux à bénéficier de ce droit sont les frères et sœurs de l'enfant. Supposons un père en mésintelligence avec son fils majeur: Peut-il prétendre le priver de tout contact avec ses frères et sœurs encore sous sa puissance paternelle? Certainement pas, si aucune raison valable ne le justifie. Préconisée par M. Guiho⁴, cette solution semble confirmée par l'évolution de la jurisprudence.

¹ SAUT, p. 143.

² EGGER, Art. 156, al. 3, N. 21; BELZA, p. 25; PICOT, p. 81 a; KISTLER, in *RDT*, 1952, p. 122; ATF du 24.2.1928 in *JdT* 1928, I, p. 194 ss (*RO* 54 II 4).

³ ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 2; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 3; SCHNITZERLING, in *FamRZ*, 1958, p. 445-446; SOERGEL, § 75 EheG, N. 3, litt. b; contra: KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, *Einleitung*, N. 229 et § 1634, N. 1 (cf. ci-dessus, p. 35, note 4).

⁴ *Op. cit.*, N. 17 et 30.

Si dans le passé les tribunaux¹ se montraient stricts à l'égard des oncles et tantes et leur refusaient tout droit de visite — cette attitude correspondait à la ligne du Code civil qui leur est aussi défavorable en matière d'obligation alimentaire et de succession — la situation actuelle est bien différente. Il semble que l'on doive au Tribunal civil de la Seine² le premier jugement qui accorde ce droit à un collatéral, en l'espèce à une tante. Cette décision est calquée sur les arrêts et les jugements innombrables qui en font bénéficier les grands-parents : La parenté, de même que le devoir de respect et de reconnaissance de l'enfant envers sa tante qui l'a recueillie plusieurs années durant, comporte pour cette dernière le droit d'entretenir des relations étroites avec sa nièce. Le Tribunal de la Seine autorisa même des séjours périodiques, « ceux-ci étant, en l'espèce, le mode le plus favorable d'exercice de ce droit en raison de l'éloignement des domiciles des parties, tout en les limitant et en sauvegardant les prérogatives de la puissance paternelle »³. « Le Tribunal de la Seine s'est laissé guider par l'idée que la puissance paternelle a été établie dans l'intérêt exclusif de l'enfant. Or la rupture des liens d'affection et de gratitude les plus légitimes est contraire à cet intérêt. Le degré de parenté importe moins ici que les services rendus à l'enfant et, sous ce rapport, un simple collatéral, voire un tiers, peut s'être acquis des titres égaux ou supérieurs à ceux d'un ascendant. Il faut faire confiance aux tribunaux pour concilier dans chaque espèce les droits et les intérêts en conflit. »⁴

Les motifs de M. Lagarde sont certes respectables sur le plan humain et de l'équité, mais ils ouvrent largement la porte à de nouveaux prétendants à ce droit, déjà fort nombreux.

Par jugement du 17 janvier 1957, le même tribunal accorde à nouveau un droit de visite à des collatéraux nourriciers, attendu que, vu en particulier l'évolution de la jurisprudence et de la loi, «⁴ ... il suffit de constater notamment que le décret-loi du 30 octobre 1935 en complétant l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889 et la loi du 23 juillet 1942 ont donné à l'autorité judiciaire un pouvoir de contrôle extrêmement étendu, rendant possible toute mesure de surveillance ou d'assistance éducative lorsque les intérêts de l'enfant sont insuffisamment sauvegardés par le fait des père et mère; qu'il suffit encore de relever, spécialement quant au droit de visite, qu'une jurisprudence bien établie, s'inspirant en l'absence de textes légaux uniquement de l'intérêt de l'enfant, a le cas échéant détaché ce droit de la puissance paternelle et même de la filiation pour en accorder le bénéfice » «⁵ à diverses

¹ Cf. encore AVESNES-HELPE, in *Gaz. Pal.* 1943, II, p. 199.

² Du 14.12.1946, in J.C.P., 1947, cité par G. LAGARDE, in *RTDC* 1947, p. 321.

³ Note de M. LAGARDE, in *RTDC* 1947, p. 321.

⁴ Tribunal civil de la Seine, 17.1.1957, in *Rec. Dalloz* 1957, J. p. 140-142.

⁵ *Ibid.*, résumé de tête.

catégories de personnes intéressées »⁵. Aux motifs invoqués par ce jugement, la Cour d'appel de Paris en ajoute un nouveau : « ... dans un ... domaine où l'intérêt de l'enfant est seul en vue, le degré de parenté importe moins que les services rendus. »¹ C'est à juste titre que M^{lle} de Lagrange souligne le grand pas franchi par la Cour de Paris : « ... Que le présent arrêt, encore qu'il s'agisse également en l'espèce de très proches collatéraux, mette les services rendus au-dessus de la parenté pour justifier l'octroi du droit de séjour contre la volonté expresse des père et mère, voilà qui étend singulièrement le nombre des titulaires de ce droit ; de là à le reconnaître à des étrangers qui ont entouré l'enfant de soins et d'affection, et à ces anciens gardiens auxquels la cour de Paris elle-même le refusait formellement sur le terrain de l'art. 20 de la loi du 24 juillet 1889 modifiée (Paris, 5 mars 1955), il n'y a qu'un pas, et il semble bien que l'arrêt l'ait déjà franchi, par la hardiesse de ses motifs... »² »³

Effectivement, certains tribunaux ont franchi ce pas en accordant un droit de visite à des étrangers, c'est-à-dire à des tiers nourriciers⁴.

La Cour de cassation maintient en revanche son point de vue selon lequel, en particulier, l'article 20 de la loi du 24 juillet 1889 ne donne pas au juge la faculté de reconnaître un droit de visite aux tiers nourriciers à qui l'enfant avait été confié, quand il rejette leur demande de garde et maintient la puissance paternelle au parent qui en est investi⁵. Dans un arrêt du 22 mars 1961, la Cour de cassation confirme sa position en cassant un arrêt de la Cour de Paris⁶ : « ... Attendu que les parents investis du droit de garde de leurs enfants mineurs ne peuvent se voir imposer un droit de visite ou d'hébergement au profit de personnes autres que les ascendants à peine de subir une atteinte à leur puissance paternelle ; — Attendu que pour reconnaître ... le droit (de prendre l'enfant avec eux), l'arrêt attaqué (...) s'est fondé à la fois sur l'intérêt de l'enfant et sur le lien spirituel qui unit celle-ci à ses parrain et marraine, ainsi que sur le sentiment de reconnaissance qu'elle devait éprouver à leur égard ; qu'en statuant ainsi, la cour a violé l'article susvisé ;... »⁷ (il s'agit de l'art. 373 CCF).

¹ Cour d'appel de Paris, 2.4.1957 in *Rec. Dalloz* 1958, J., p. 211-213.

² E. de G. de LAGRANGE, note in *Dalloz* 1958, J., p. 212-213.

³ A propos de cet arrêt, cf. aussi une note de H. DESBOIS, in *RTDC* 1958, p. 596-598.

⁴ Cf. Cour d'Amiens, 7.7.1953, in *Gaz. Pal.* 1953, II, J., p. 320-321 ; Cour de Dijon, 17.1.1953, cité dans une note in *RTDC* 1953, p. 683, N. 4 ; voir aussi A.-M. FOURNIÉ, p. 99, N. 184 et note 43, où elle cite un arrêt de la Cour de Paris, du 5.7.1958 (affaire Parants), inédit.

⁵ Cour de cassation, 10.3.1958, in *Dalloz* 1959, p. 29.

⁶ Cour de Paris, 30.4.1959, in *Dalloz* 1960, p. 673-675 avec note de J. CARBONNIER, p. 675-677.

⁷ Cour de cassation, 22.3.1961, in *Dalloz* 1961, p. 521, avec une note de R. SAVATIER.

De l'examen de cet arrêt et de sa jurisprudence en général, il ressort que la Cour de cassation est plus restrictive que bon nombre de tribunaux et de cours d'appel. Elle n'accorde un droit de visite qu'aux ascendants et le refuse aussi bien aux collatéraux qu'aux nourriciers étrangers. Selon les termes de M. Savatier, elle « oppose, aux tendances libérales des juges, le caractère discrétionnaire de la puissance paternelle »¹.

¹ R. SAVATIER, note in *Dalloz* 1961, p. 521-523. H. DESBOIS regrette la rigidité du critère adopté par la Cour de cassation. Il pense qu'à titre exceptionnel un tel droit devrait être reconnu aux parents plus éloignés et aux étrangers qui ont pris la relève du père et de la mère défailants. Il cite en outre deux arrêts de la Cour d'appel de Paris, des 28.1 et 28.2.1961 qui démontrent la résistance opposée à la jurisprudence de la Cour de cassation (in *RTDC* 1961, p. 478-479).

CHAPITRE II

LES CONDITIONS DU DROIT DE VISITE ET LES MODALITÉS DE SON EXERCICE

§ 1. LE PRINCIPE DE LA SAUVEGARDE DES INTÉRÊTS DE L'ENFANT

Depuis quelques années, tout en gardant son appellation traditionnelle, la puissance paternelle a subi de profondes transformations. En dépit de son nom français, elle n'appartient plus au père seulement, mais aux père et mère. Normalement, elle prend fin à la majorité de l'enfant. Et surtout, de « puissance » qu'elle était naguère, elle est devenue une fonction, qui doit s'exercer dans l'intérêt de l'enfant.

En règle générale, l'Etat laisse aux parents le soin de juger de l'intérêt de l'enfant. Il n'intervient que pour parer à la négligence et aux abus. Il existe pourtant des situations dans lesquelles les parents ne peuvent être les meilleurs juges. Ainsi en est-il dans les conflits douloureux qui sont souvent liés à l'institution du droit de visite. Aveuglés par la passion, la haine ou les soucis, les parents ne sauraient prendre la décision sereine et objective que réclame l'intérêt de l'enfant. Cette décision incombe dès lors à une autorité, par exemple au juge du divorce.

La tâche est délicate pour un magistrat. Si le droit de visite a son fondement dans l'intérêt de son titulaire, il trouve sa limite dans l'intérêt de l'enfant. Or cette notion, seule directive du juge, est terriblement imprécise, impossible à serrer dans le cadre étroit des techniques juridiques. Elle est pourtant nécessaire et impérieuse. « L'intérêt de l'enfant, écrit M. Carbonnier, c'est la notion magique. Elle a beau être dans la loi, ... ce qui n'y est pas, c'est l'abus qu'on en fait aujourd'hui. A la limite, elle finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial. Pourtant, rien de plus fuyant, de plus propre à favoriser l'arbitraire judiciaire. Il est des philosophes pour opiner que l'intérêt n'est pas objectivement saisissable ; que, dans la conduite de sa vie, chacun ne s'en tire qu'en identifiant ses intérêts à ses désirs. Et il faudrait que le juge juge de l'intérêt d'autrui ! Qui plus est, de l'intérêt d'un enfant, c'est-à-dire d'un intérêt en devenir. L'enfance est mobile, plastique et n'a,

du reste, de signification que comme préparation à l'âge adulte. De ce qui est semé dans l'enfant à ce qui lèvera dans l'homme, quelle pseudo-science autoriserait le juge à prophétiser? ¹ »

La condamnation ainsi portée contre l'abus que l'on fait de cette formule et le scepticisme manifesté à l'égard de la faculté du juge de déceler l'intérêt de l'enfant soulignent combien la tâche du magistrat est redoutable. Elle n'est pourtant pas irréalisable.

L'intérêt premier de l'enfant dépend des données de chaque cas. Mais invariablement, il est son « besoin de paix, de stabilité, de tranquillité..., c'est son équilibre psychique qu'il faut mettre au premier rang » ². Parmi les solutions concevables, celles qui ne tendraient pas à ce but doivent être écartées, ce qui restreint le choix et limite l'embarras.

Par ailleurs, c'est du fait que l'intérêt de l'enfant n'est pas déterminable une fois pour toutes que le dispositif du jugement relatif aux relations entre parents et enfants reste provisoire. Une appréciation où subsisterait quelque doute n'est donc pas définitivement consacrée par le jugement. Elle est modifiable par la suite si le besoin s'en fait sentir.

En outre, et c'est peut-être là l'essentiel, dans les situations particulièrement difficiles, où l'intuition basée sur une solide expérience humaine et judiciaire ne suffit pas pour rendre une décision, le juge dispose « des ressources techniques dont on devine l'importance » ³ en pareil cas. « Car le domaine psychique des complexes de l'enfance est un terrain délicat, où la prudence du juge utilisera l'enquête sociale, l'enquête de personnalité et, s'il y a lieu, l'expertise psychiatrique. » ³ »

Une fois découvert, l'intérêt de l'enfant peut entrer en conflit avec d'autres intérêts : ceux du titulaire du droit de visite, tout d'abord, éventuellement aussi ceux du gardien. Si l'équilibre ne peut être maintenu entre ces intérêts, auquel faut-il donner la préséance? Il nous paraît que l'intérêt de l'enfant, que le juge a précisément pour mission de protéger, doit l'emporter sur tout autre. Tel pourtant n'est pas l'avis de chacun, pour différents motifs dont M. Carbonnier résume l'essentiel : cette notion « finirait par rendre superflues toutes les institutions positives du droit familial » ⁴. Un autre motif de ce refus est sous-jacent à beaucoup de jugements, mais il n'est jamais avoué en termes exprès, parce qu'il dénote une certaine crainte, sinon quelque hypocrisie : Le simple « intérêt » de l'enfant ne doit pas l'emporter sur un « droit » subjectif dûment consacré par la loi ou la jurisprudence.

¹ J. CARBONNIER, note in *Dalloz* 1960, p. 675-677.

² R. SAVATIER, « L'enfant disputé », in *Sauvegarde de l'enfance*, 1957, p. 992.

³ R. SAVATIER, note in *Dalloz* 1961, p. 523.

⁴ Voir aussi M. DONNIER, p. 180.

La plupart des auteurs et des jugements consultés en Suisse, en Allemagne ¹ et en France ² consacrent la primauté de l'intérêt de l'enfant. Théoriquement cependant, ou jusqu'à un certain point seulement, car dès que cette primauté aboutirait à limiter, suspendre et surtout supprimer le droit de visite, plus rares sont ceux qui franchissent résolument le pas. On détourne alors facilement la question en faisant valoir par exemple qu'à longue échéance il est dans l'intérêt de l'enfant de maintenir des relations personnelles ou d'apprendre à obéir, c'est-à-dire à se soumettre aux visites qu'on lui impose. Dans les deux cas, c'est au nom de l'intérêt futur de l'enfant qu'on donne satisfaction dans l'immédiat au bénéficiaire du droit de visite!

Un arrêt du Tribunal fédéral ³, surprenant à la vérité, et fort regrettable à notre avis, a exercé et exerce encore ⁴ une certaine influence en droit suisse. Partant du principe que « le droit de visite n'a pas été institué seulement dans l'intérêt de l'enfant mais aussi et même en première ligne dans l'intérêt des parents » ³ et que « cela ressort clairement de l'art. 156 CC » ³, notre Cour suprême en conclut pratiquement que l'intérêt du bénéficiaire de ce droit peut l'emporter sur celui de l'enfant. Cette conclusion n'est pas satisfaisante. En effet, une chose est de dire que le droit de visite a été créé dans l'intérêt des parents, une autre est de lui donner la préséance. Puisqu'il s'agit d'un droit créé en faveur des parents, il est évident qu'il l'a été dans leur intérêt avant tout. Mais nulle part le législateur ne dit que cet intérêt prime celui de l'enfant. A une époque où la protection de l'enfant est une préoccupation première et constante, rien ne permet d'interpréter et d'appliquer l'article 156 al. 3 CCS comme l'a fait le Tribunal fédéral. Comment admettre que la réglementation du droit de visite fasse soudain exception au principe maintes fois consacré par le Tribunal fédéral lui-même et par les autres juridictions ⁵ selon lequel

¹ Certains auteurs sont catégoriques dans ce sens : PALANDT, § 1634 BGB, N. 3 ; EGNER, p. 231 ; SOERGEL, § 75 EheG, N. 4 ; plus nuancé : OLG de Brême, 29.8.1955, in *FamRZ* 1956, p. 190 ; OLG Düsseldorf, 18.1.1954, in *Zentralblatt...* 1954, p. 272 ; pour KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, § 1634, N. 2, le droit de visite existe aussi bien dans l'intérêt de l'enfant que dans celui des titulaires.

² Tribunal civil de Mirecourt, 20.12.1954 in *Dalloz* 1955, p. 106-107 ; Cour de Paris, 2.4.1957, commenté in *RTDC* 1958, p. 596-598. A propos de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'Ordonnance du 23.12.1958, cf. J. CHAZAL in *Gaz. Pal.* 1958, II, Doctrine, p. 59-62 ; R. SAVATIER, note in *Dalloz* 1961, p. 521-523.

³ Du 4 avril 1946, *RO* 72 II 10.

⁴ « C'est le seul domaine dans lequel le droit et l'intérêt des parents aillent jusqu'à primer ceux des enfants », BARDE, p. 549 a ; Tribunal cantonal des Grisons, 22 avril 1959, in *PKG*, 1959, p. 20.

⁵ « Dans cette matière délicate, la Cour a toujours admis qu'elle devait se laisser guider uniquement par l'intérêt de l'enfant », Genève, Cour de justice, 31 mars 1922, in *Sem. jud.* 1922, p. 378 ss ; « en cas de conflit entre l'intérêt des parents et celui des enfants, ce dernier doit l'emporter » (il s'agit ici d'un conflit relatif au droit de visite), ATF du 29.3.1926, in *Sem. jud.* 1926, p. 417 ss ; dans cet arrêt, le TF en cite un autre, du 30.5.1912, dans le même

le juge appelé à fixer le sort des enfants après le divorce doit se laisser guider avant tout par leur intérêt?

Heureusement que la plupart des auteurs¹ et bon nombre de tribunaux suisses continuent comme ils l'avaient fait avant cet arrêt à donner la préséance à l'intérêt de l'enfant. Preuve en soit un jugement du Tribunal supérieur du canton d'Argovie où il est dit: Aussi regrettable que cela puisse être sur le plan humain, une pesée d'intérêts s'impose dans laquelle celui de l'enfant passe avant le simple droit de visite du père². C'est là, pensons-nous, la seule manière admissible de trancher le problème³.

La volonté de l'enfant

Si jusqu'à sa majorité ou à son émancipation l'enfant reste soumis à la puissance paternelle ou tutélaire et doit obéissance à ceux qui l'exercent, cela n'implique pas que durant toute sa minorité sa volonté restera inopérante. Empêcher l'enfant de manifester sa volonté et d'assumer des responsabilités lui rendrait un bien mauvais service en le préparant fort mal à sa vie d'adulte.

Témoin impuissant du drame qui fait éclater son foyer, comment l'enfant ne prendrait-il pas parti pour son père ou sa mère? Le juge n'a pourtant pas à tenir compte de ce choix. Aussi bien l'enfant peut-il être confié à la puissance paternelle ou assujéti au droit de visite du parent qu'il condamne. Décisive à certains moments de sa vie: choix d'une religion, d'un métier, la volonté de l'enfant est en principe sans effet à ce moment douloureux et si important pour lui.

Les relations personnelles posent peu de problèmes lorsqu'elles sont agréables à l'enfant⁴. La situation est bien différente quand ce dernier doit

sens (RO 38 II 35) = *JdT* 1913, I, p. 130 ss: « De même que l'art. 156 (cf. GMÜR, note 10 ad art. 156), l'art. 157 a en vue en toute première ligne l'intérêt de l'enfant; la considération des sentiments des parents n'est certainement pas indifférente, mais elle ne vient qu'en seconde ligne. »

¹ BIEDERMANN (1953), p. 47; DANIELEWICZ, p. 44, n. 1; FRICK, p. 70-71; HARTMANN, p. 23; W. SCHMID, in *SfZ* 42, p. 33 ss; BELZA, p. 32; Fiche juridique suisse, N. 529, ch. 4 (mise au point le 15.1.1950): « Le juge tiendra compte de l'intérêt de l'enfant d'abord, et des conditions de vie des intéressés ensuite. Il dispose à ce propos du même pouvoir appréciateur qu'en matière d'attribution de l'enfant. »

² In *Aarg. Gerichts- und Verwalt...*, 1952, p. 17.

³ Voir ci-dessous (p. 201-202) l'analyse de ce problème par le professeur SAVATIER: Intéressante sur le plan juridique, elle révèle une profonde humanité et une rare lucidité. La solution proposée par cet éminent juriste n'est pas révolutionnaire pour les esprits sincèrement soucieux du bien de l'enfant. Elle n'en va pas moins à l'encontre de certains jugements traditionnels, mais dépassés, admis, bien qu'inadmissibles, et qui trop souvent encore triomphent au prétoire.

⁴ Il peut cependant y avoir conflit lorsque l'enfant refuse de rentrer chez le détenteur de la puissance paternelle, ou lorsque le « visiteur » profite des visites pour saper l'éducation du gardien.

se soumettre au droit de visite du parent qu'il juge sévèrement. On sait que le parent (ou le tiers) gardien répond du bon déroulement de ce droit, cette tâche relevant de sa mission et de ses obligations d'éducateur¹. C'est souvent le mettre dans une situation pénible, puisqu'on le contraint ainsi à user des prérogatives de sa puissance paternelle en faveur d'un ex-conjoint peut-être haï. Doit-on alors tenir compte de la volonté de l'enfant qui refuse de se soumettre? Les tribunaux ne répondent pas tous de la même manière. Soucieuses avant tout de faire respecter le droit, les cours suprêmes se laissent rarement impressionner par l'aspect humain du problème. En contact direct avec le drame familial, les tribunaux inférieurs seraient en revanche enclins à plus de souplesse et de compréhension.

Pour le Tribunal fédéral, « il importe peu de savoir dans quelle mesure un enfant déjà grand, près d'atteindre sa majorité, accepte ou refuse ces relations personnelles, car ce ne sont pas ses obligations qui sont déterminées dans le jugement en divorce ou en modification de ce jugement »² « mais celles de celui des parents qui exerce la puissance paternelle »³.

En France, la Cour de cassation considère que « la résistance des enfants ou leur aversion à l'égard des personnes qui les réclament ne saurait constituer pour celui qui a l'obligation de les représenter une excuse légale, ni un fait justificatif, à moins de circonstances exceptionnelles »⁴. L'opposition de l'enfant aboutit donc souvent au délit de non-représentation.

La dureté d'une telle solution à l'égard des enfants est diversement commentée par les auteurs. « Si regrettable » qu'elle soit, dit M. Bouzat, « nous comprenons qu'elle n'ait pas arrêté la Cour suprême... La solution admise s'insère parfaitement dans la tendance qui tend à faciliter le droit de visite. Et cette tendance est tout à fait justifiée. Il faut que les enfants aient les contacts décidés judiciairement dans leur propre intérêt avec le parent à qui ils ne sont pas confiés. Peut-être, à une certaine époque de leur vie, ne désirent-ils pas ces contacts, mais, plus tard, s'ils s'étaient brouillés définitivement avec ce parent, ils risqueraient de le regretter amèrement... Il y a des circonstances en droit pénal, comme dans la vie, où il faut se tenir très rigoureusement aux principes posés, même si des circonstances de fait semblent parfois faire

¹ Cf. par exemple un jugement du Tribunal supérieur de Zurich, du 16.6.1954, in *BIZR* 1954, N. 88, p. 203-209.

² ATF du 24.10.1935, in *JdT* 1936, p. 359 ss (*RO* 61 II 215).

³ *Ibid.*, résumé de tête.

⁴ 8.1.1960, in *Gaz. Pal.* 1960, I, table anal., p. 180; cf. aussi Cour de cassation, 7.12.1944, in *Gaz. Pal.* 1945, I, J. p. 81; 12.5.1954, in *Gaz. Pal.* 1954, II, J. p. 21-22; 14.5.1957, in *Gaz. Pal.* 1957, II, J. p. 166; 27.5.1959, in *Gaz. Pal.* 1959, II, J. p. 64. Note significative à ce propos in *Rec. Sirey*, 1945, I, p. 60: dès lors que les enfants sont mineurs, « celui qui en a la garde en est responsable: c'est à lui qu'incombe l'obligation de faire respecter la loi et il ne peut se retrancher ni derrière une prétendue volonté des mineurs que ceux-ci n'ont pas à manifester, ni derrière un manque d'autorité qui ne saurait être admis. »

désirer une dérogation... Si l'on admettait quelques exceptions, on tomberait rapidement dans le laxisme, et, comme nous le disions plus haut, « on sait bien où l'on commence mais on ne sait pas où l'on finit ». Approuvons donc fermement la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle est d'ailleurs plus sévère en apparence qu'en fait, car deux correctifs peuvent la tempérer. L'émancipation peut venir donner plus de liberté aux enfants, et les circonstances atténuantes peuvent adoucir les peines qui paraissent trop dures. Ajoutons enfin que l'arrêt ici commenté a prudemment réservé le cas des circonstances exceptionnelles.¹ » Plus souple et nuancé, partant plus humain et plus réaliste nous paraît le point de vue de M. Chazal : « Si ce refus est sincère, s'il émane d'un mineur ayant déjà acquis une conscience certaine de ses propres problèmes, s'il s'explique par des motivations affectives profondes, il nous paraît devoir être pris en considération. L'enfant est un sujet et non un objet, répéterons-nous... Des décisions judiciaires se sont prononcées dans ce sens... Par contre, la Cour de cassation ne s'est jamais engagée aussi délibérément dans cette voie... La position de la Cour de cassation gagnerait cependant, nous semble-t-il, à se montrer plus nuancée.² » Plusieurs auteurs partagent ce point de vue³. Certains font de l'âge de l'enfant le critère déterminant⁴. Pour d'autres, on doit prendre en considération la volonté de l'enfant dès qu'il est capable de discerner par lui-même ce qui est favorable ou non à son développement spirituel et moral, dès que, spontanément, il est scandalisé par la conduite du bénéficiaire du droit de visite⁵.

Peu conforme à la rigueur juridique, cette base d'appréciation n'en permet pas moins de juger avec toute la souplesse voulue et de prendre en considération la volonté d'enfants dont on ne se soucierait guère autrement. Or il est certain qu'un enfant de neuf ans peut être troublé aussi profondément qu'un adolescent de dix-huit ans par le comportement condamnable d'un parent.

Certaines juridictions inférieures, en contact direct avec les intéressés en tiennent compte. Elles déterminent de cas en cas cet âge « raisonnable » ou cette maturité qui leur permettra de tenir compte des vœux émis par l'enfant⁶. Le Tribunal de grande instance de la Seine a récemment prononcé

¹ Note in *Rec. Dalloz et Sirey*, 1955, J. p. 229-231, à la suite de la publication de l'arrêt de la Cour de cassation du 14.5.1954.

² J. CHAZAL, *Les droits de l'enfant*, Presses universitaires de France, « Que sais-je? », n° 852, p. 94-95.

³ En Suisse: DANIELEWICZ, p. 44; SAMELI, p. 93; SCHARPF, p. 11; BELZA, p. 26-28. En France, cf. l'avis intéressant de H. DESBOIS, in *RTDC* 1959, p. 715-716.

⁴ PALANDT, § 1634, N. 3; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, § 1634, N. 8; SOERGEL, § 75 EheG, N. 8.

⁵ Dans ce sens, O. GUNTHER, in *Deutsche Rechtspfleger*, 1952, p. 579-581.

⁶ Parmi les décisions intéressantes, cf. Tribunal civil de Saint-Brieuc, 27.11.1954, in *Gaz. Pal.* 1946, I, p. 97-98; Nancy, 23.3.1949, in *Gaz. Pal.* 1949, II, J. p. 111; Cour d'appel de Pau, 7.12.1953, in *Gaz. Pal.* 1954, I, J. p. 293; Trib. correctionnel de Pithiviers, 4.2.1954,

un jugement hardi dans ce domaine : Attendu que le mineur va atteindre l'âge de dix-huit ans « et qu'il ne saurait être question de lui imposer désormais de demeurer sous la garde de celui de ses parents dont il n'admettrait pas lui-même le principe ; qu'il convient, dès lors, de laisser au mineur lui-même le soin de choisir celui de ses parents sous la garde duquel il veut se placer, et que sa décision, pourvu qu'elle ne soit entachée d'aucune équivoque, s'imposera aux parties ; » ¹... Par ces motifs, le Tribunal dit que l'adolescent « parvenu à l'âge de dix-huit ans révolus, choisira lui-même sous la garde duquel de ses parents il entend demeurer ;... » ¹. Si cette sentence correspond en principe aux solutions que nous souhaitons voir appliquer en matière de droit de visite, elle ignore cependant quelques exigences, formelles avant tout. Selon M. Rouast, elle soulève en particulier « une question de droit assez délicate, qui est celle de la délégation par le tribunal de son droit d'attribuer la garde. Cette délégation est difficile à admettre, même au profit d'un tiers qualifié, et à plus forte raison au profit de l'enfant lui-même. Tout est en effet de droit strict dans l'organisation de la puissance paternelle et aucune délégation n'est possible que si elle a été admise par la loi » ². On peut également se demander avec cet auteur si « le choix que l'enfant est appelé à faire de son gardien est définitif », ou s'il faut « considérer que la délégation du tribunal lui donne le droit de changer ultérieurement la personne de son gardien, parce que celui qu'il aura primitivement désigné lui refuse tel ou tel de ses désirs... » ². Cette solution présente le risque que, témoin des abus du jeu de navette auquel peut se livrer l'enfant, l'un des parents ne puisse demander au tribunal de modifier sa décision. « En effet, il appartient au tribunal de modifier l'attribution de la garde qu'il a faite au profit d'une personne déterminée, alors que dans l'espèce il s'est purement et simplement dessaisi de son droit d'attribution en déléguant son pouvoir à l'enfant lui-même. » ² Mais en définitive, et c'est là l'important, M. Rouast ne critique pas le fait que le tribunal ait laissé l'enfant choisir, mais le procédé par lequel ce choix lui a été confié. La procédure qu'il propose démontre sa sympathie pour une solution qui « est dans la ligne de celles qui veulent rendre le divorce aussi peu nuisible que possible aux enfants. Plutôt que de recourir à une solution aussi hasardeuse, le tribunal serait parvenu au même objectif, qui est de se référer à la préférence de l'enfant pour un de ses parents, en appliquant la disposition de l'art. 238 qui lui permet de commettre une personne qualifiée pour s'éclairer

in *Gaz. Pal.* 1954, II, J. p. 140-141. En Allemagne : Kammergericht, *ZivSen.* 31.3.1938, in *JW* 1938, p. 1334, N. 39 : fréquemment cité par les auteurs allemands, encore actuellement, cet arrêt révèle une arrière-pensée politique qui, nous semble-t-il, lui fait perdre un peu de sa valeur exemplaire.

¹ Jugement du 3.2.1962, in *Gaz. Pal.* 1962, I, J. p. 265-266.

² A. ROUAST, note publiée à la suite du jugement du Tribunal de grande instance de la Seine, du 3.2.1962, in *Gaz. Pal.* 1962, I, J. p. 265-266.

sur la mesure à prendre au sujet de la garde. Cette personne pourrait faire connaître au tribunal le désir de l'enfant au sujet de la désignation de son gardien. Le tribunal pourrait alors statuer dans le sens que l'enfant aurait choisi, mais avec des garanties sur l'opportunité de ce choix. Ainsi se trouveraient conciliés la confiance qu'on peut faire à un enfant de dix-huit ans et le contrôle nécessaire du tribunal ; ainsi serait concilié l'intérêt de l'enfant avec le pouvoir inaliénable de la juridiction qui prononce le divorce.¹ »

En Suisse, la Cour de justice civile de Genève a rendu elle aussi un jugement hardi et clairvoyant en disant que le père doit « être mis à même d'exercer un droit de visite étendu sur ses enfants, dont il y a lieu d'espérer que les parties auront la sagesse de le régler par entente mutuelle »². En outre, « la jeune E. ayant atteint un âge où on ne peut plus guère concevoir que le droit de visite s'exerce par la contrainte » — la jeune fille était âgée de seize ans et demi — « la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de fixer les normes selon lesquelles ce droit s'exercera »³.

Ces jugements sont autant de précédents, autant d'exceptions aux principes consacrés par les cours suprêmes. Au lieu d'y voir un risque de laxisme³, on doit plutôt les saluer comme des brèches salutaires portées à des normes trop rigides et qui finissent par tomber dans l'illégalité, tant elles sont contraires à l'intérêt de l'enfant. Car il ne faut pas oublier qu'« il est des cas où la résistance opposée par l'enfant ne doit pas être brutalement contrecarrée si l'on ne veut pas contrarier son évolution et compromettre sa santé affective »⁴.

§ 2. LA FRÉQUENCE, LA DURÉE ET LE CADRE DES VISITES

La durée et la fréquence

L'étroitesse des relations personnelles dépend de la fréquence et de la durée des rencontres, elles-mêmes déterminées par différents facteurs : le degré de parenté, le domicile des intéressés, l'âge et la santé de l'enfant et du titulaire du droit.

Le degré de parenté. En Suisse et en Allemagne, seuls les père et mère ont un droit de visite, fondé sur la parenté (par le sang ou l'adoption, ou même fictive⁵) et sur un prolongement de la puissance paternelle. Ce n'est donc pas

¹ A. ROUAST, *ibid.*

² Audience du 23.6.1961, in *Sem. jud.* 1962, p. 385-388.

³ Cf. ci-dessus, p. 48, M. BOUZAT.

⁴ CHAZAL, *ibid.*, p. 95. Dans ce sens, cf. un arrêt important du tribunal correctionnel de St-Nazaire, du 2.11.1950, in *Gaz. Pal.* 1951, I, J. p. 123-125.

⁵ « L'adoption ne supprime pas le droit de visite d'un parent divorcé alors même que l'enfant n'est pas issu de lui », Trib. sup. de Zurich, 17.5.1955 in *RDT* 1957, p. 14 ss (résumé de tête).

tant le « degré » que la « qualité » de la parenté qui influence l'étendue du droit. Aussi bien, « tenant compte de l'absence de lien du sang », le Tribunal fédéral peut-il arrêter que « le droit de visite du défendeur peut (...) être plus limité que d'ordinaire »¹.

En Suisse romande, le droit de visite est un peu plus largement accordé qu'en Suisse allemande. Il comporte fréquemment deux visites mensuelles : le premier dimanche et le troisième week-end par exemple et même davantage, ou l'équivalent en semaine, ce qui est plus rare. Dans la règle le Tribunal supérieur zuricois limite les visites à un jour par mois, même si une convention passée entre les parties prévoyait davantage. Cette limitation a parfois été portée à un demi-jour mensuel. Le Tribunal fédéral a jugé que « des relations entre père et fils limitées à une demi-journée tous les 60 jours ne méritent plus d'être considérées comme « indiquées par les circonstances² » » et en l'espèce, il les a fixées à deux dimanches entiers par mois. Cette norme correspond à celle de la plupart des tribunaux romands, ou lui est à peine inférieure.

Les auteurs estiment généralement qu'il faut éviter les visites brèves et fréquentes et leur préférer des rencontres plus longues et plus espacées : Un jour par mois vaut mieux qu'un demi-jour toutes les deux semaines³. On évite ainsi les allées et venues trop fréquentes défavorables à l'enfant. Exceptionnellement, une visite hebdomadaire sera la meilleure solution⁴.

Les tribunaux allemands limitent les visites à quelques heures, une fois par mois⁵. En fait, cela peut correspondre à une demi-journée, sinon à un jour entier. Les visites de plus d'un jour sont rares. Les auteurs semblent approuver cette parcimonie⁶. En cas de séparation et de mesures provisoires, ils préconisent un droit plus étendu. Là encore ils rejoignent la jurisprudence dominante⁷.

La situation est tout autre en France. Non seulement le droit de visite y a pour bénéficiaires des parents de degrés différents⁸, voire des « étrangers », mais il est accordé de manière beaucoup plus large quant à sa durée et à sa fréquence. M. Gaston relevait que le plus souvent, les tribunaux limitaient

¹ Arrêt du 8.11.1945, in *JdT* 1946, I, p. 79 ss (RO 71 II 208).

² Arrêt du 24.10.1935, in *JdT* 1936, I, p. 359 ss (RO 61 II 215).

³ BIEDERMANN, p. 47; HAUSER (III), p. 263-264; MICHEL, p. 27; LUTZ, p. 51; STEIGER, p. 78; BELZA, p. 16; DANIELEWICZ fait des remarques intéressantes à ce propos, p. 70 et 42.

⁴ EGGER (II), p. 421.

⁵ Cf. OLG DÜSSELDORF, 3.7.1948, in *JR* 1950, p. 369-370; OLG Karlsruhe, 31.7.1957, in *Zentralblatt...* 1958, p. 209.

⁶ Contra, cf. ENGELHARDT, in *Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1942, p. 129-132; RIEDEL, p. 93 : les visites devraient être plus longues s'il n'y a pas de crainte sérieuse en ce qui concerne l'enfant.

⁷ Cf. par ex. SOERGEL, § 75 EheG, N. 8.

⁸ Cf. GUIHO, *op. cit.*, N. 26 et 27.

les visites « à deux par mois »¹. Et, disait-il, « lorsqu'elles ne s'accompagnent pas de séjours », « elles peuvent devenir hebdomadaires »¹. Ces normes semblent maintenant largement dépassées. Nous en voulons pour exemple la réglementation suivante, où la Cour de Paris confirme un « libre droit de visite au père ; et toutefois, y ajoutant, dit que, outre la faculté de voir librement l'enfant (à charge de prévenir vingt-quatre heures à l'avance), K... pourra, lorsqu'il sera en France, le prendre avec lui les trois premiers dimanches de chaque mois du samedi 18 heures au dimanche 21 heures... ; dit qu'en l'absence de France de... K., sa mère, dame K... mère aura outre la faculté de voir librement son petit-fils, la faculté d'exercer à l'égard de l'enfant, et à la place du père, dans les mêmes conditions, le droit de visiter celui-ci, les premier et troisième dimanches de chaque mois (soit deux dimanches au lieu de trois) »². En l'espèce, l'enfant passera donc la plupart de ses samedis soirs et dimanches « en visite ». En outre, son père aussi bien que sa grand-mère paternelle pourront le voir librement à n'importe quel moment³.

Il n'est pas rare, en France, que les grands-parents bénéficient d'un droit de visite aussi large que les parents en Suisse romande, c'est-à-dire plus large qu'en Suisse allemande et en Allemagne⁴.

Les séjours. Les visites (au sens étroit) ne permettent pas toujours de maintenir un contact suffisant entre les intéressés. Une certaine artificialité peut régner lors de leurs rencontres et les rendre pénibles. En outre, on l'a vu plus haut, des rencontres plus longues mais moins fréquentes favorisent un développement plus harmonieux de l'enfant dans son nouveau milieu familial. Aussi bien plusieurs auteurs⁵ et certains tribunaux préfèrent-ils de véritables séjours à de simples visites. La durée et la fréquence de ces séjours dépendent surtout du degré ou de la « qualité » de la parenté et de la distance qui sépare les domiciles des intéressés.

Les remarques faites pour les visites sont valables aussi pour les séjours : Le droit français est plus large que le droit allemand et le droit suisse, ce dernier appliquant des solutions intermédiaires. On y admet que le droit de visite, au sens large, comprend aussi des séjours de l'enfant durant les vacances. En âge de scolarité, les enfants ont en principe quatre périodes de vacances

¹ GASTON, *op. cit.*, p. 92-93.

² Cour d'appel de Paris, 23.11.1954, in *Rec. Dalloz et Sirey* 1955, J. p. 245-246.

³ A propos d'un « libre droit de visite », cf. Cour de cassation, 5.2.1958, in *Rec. Dalloz* 1958, p. 325-326 : aucune condition restrictive quant au jour, à l'heure, au lieu ni au mode d'exercice du droit de visite ; Cour de Paris, 1.6.1954, in *Gaz. Pal.* 1954, II, J. p. 136-137 ; Trib. civ. de la Seine, 25.5.1948, cité par la Cour de cassation, 13.11.1957 in *Gaz. Pal.* 1958 I, J. p. 131.

⁴ Cf. Cour d'appel de Paris, 29.4.1958, in *Rec. Dalloz* 1958, J. p. 417-418.

⁵ HAUSER (III), p. 263-264 ; LUTZ, p. 51 ; STEIGER, p. 78 ; HAFTER (I), p. 165.

annuelles¹. Plusieurs auteurs observent avec raison que l'enfant ne doit pas les passer toutes chez le titulaire du droit de visite (pas plus qu'il n'y passe tous ses week-ends). « L'enfant se fatigue à passer toutes ses heures de liberté hors du domicile et d'autre part, il n'est pas juste que celui des parents qui a tout le souci des jours d'école dût toujours céder l'enfant au moment où il est plus libre et détendu. »² Il n'est pas possible de prévoir de manière générale quelle proportion de ses vacances l'enfant passera chez le bénéficiaire du droit de visite. Précisons pourtant que la répartition par moitié de toutes les vacances, solution facile, est peu recommandable. Il en résulterait une trop grande fragmentation, surtout pour les vacances les plus courtes. Il est plus judicieux de partager les « grandes vacances » et d'accorder alternativement les vacances d'une semaine tantôt au gardien, tantôt au « visiteur ». Il paraît équitable que le parent gardien bénéficie de la plus grande part des vacances de l'enfant.

Reflet et inspiration de la jurisprudence, les auteurs suisses proposent des solutions variées. Dans l'ensemble, celles-ci sont moins généreuses en Suisse allemande qu'en Suisse romande³.

Les juges allemands n'accordent généralement des séjours que si les visites habituelles sont impossibles et leur fixent une durée inférieure à celle du droit français. La norme moyenne correspond à peu près à celle qui est appliquée en Suisse, soit deux semaines en été et quelques jours aux vacances de Pâques et de Noël. Les auteurs allemands ne citent pas tous le droit de séjour. Ceux qui en parlent ne paraissent l'admettre que comme élément d'une alternative dont l'autre serait le droit de visite au sens étroit⁴. M. Riedel critique cette limitation. Elle lui paraît injustifiée et elle ne devrait pas servir de modèle. A son avis, il faudrait accorder parallèlement les séjours et les visites⁵.

Quand, sans être divorcés, les parents vivent longuement séparés, ou lorsqu'ils sont au bénéfice de mesures provisoires, celui qui n'a pas la garde de l'enfant peut bénéficier d'un droit de séjour plus étendu⁶. Cette « générosité » est motivée par le fait que, théoriquement, les parents ont encore des droits égaux sur l'enfant.

¹ En été les plus longues ; au printemps (à Pâques en général) ; à Noël et Nouvel-An ; et en automne.

² PICOT, p. 81 a ; dans le même sens, cf. BARDE, p. 549 a ; STEIGER, p. 78 ; BELZA, p. 16-17 ; EGGER (I), art. 156, N. 23.

³ Cf. BELZA, p. 17 ; BIEDERMANN, p. 47 ; GIGON, p. 104 ; LANDOLT, p. 73. — Bez. Gericht de Zurich, 22.12.1911 cité in *RO* 39 II 173 ; Trib. sup. de Zurich, 11.11.1958, in *BIZR* 58 (1959), N. 146 ; *Sem. jud.* 1953, p. 318 ss ; Trib. sup. de Soleure, 3.12.1946, in *Bericht des ObG. Kant. Soloth.*, 1946, p. 106 ; *RO* 81 II 313 ; *RO* 83 II 89 ; *BIZR* 43 (1944), N. 149 ; *BIZR* 48 (1949), N. 50 ; *BIZR* 53 (1954), N. 176.

⁴ KRÜGER-BREITZKE-NOWACK § 1634, N. 6 ; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG. 4, Ba ; PALANDT, § 1634, N. 3 ; SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 446.

⁵ RIEDEL, p. 93.

⁶ Cf. par ex. OLG Karlsruhe, 15.7.1958, in *FamRZ* 1958, p. 333.

En plus de visites fréquentes et assez longues, les tribunaux français — soutenus en cela par la plupart des auteurs — accordent des séjours étendus. Jadis, la Cour de cassation y était opposée. Aujourd'hui, elle ne les refuse plus s'ils sont le mode d'exercice le plus favorable du droit de visite et s'ils sauvegardent les prérogatives de la puissance paternelle¹.

Accordés aux parents, les séjours peuvent s'ajouter aux visites, tandis que pour les grands-parents (et les autres bénéficiaires) ils sont souvent la seule possibilité de maintenir des relations personnelles avec l'enfant. Le droit de séjour comporte couramment un mois aux vacances d'été, huit jours à Pâques et à Noël². Cette répartition est assez fréquente en France où on peut la considérer comme une solution moyenne, du moins en ce qui concerne les parents.

Dans l'aménagement du droit de visite, il ne faut pas oublier les jours fériés. En Suisse, on admet généralement que l'enfant passera Pâques et Noël alternativement chez l'un et l'autre parents³. Ces fêtes sont souvent comprises dans un séjour de l'enfant.

En droit allemand par contre, il est de règle que l'enfant passe les fêtes carillonnées avec le parent qui a le droit de garde⁴. Le « visiteur » peut demander que l'enfant lui soit confié le lendemain de Noël ou le lundi de Pâques⁵.

Le domicile des intéressés. Pour qu'il ne reste pas théorique, le droit de visite de celui qui habite loin de l'enfant doit être organisé de manière appropriée. Les séjours remplaceront alors les visites⁶. Ici encore, les tribunaux français sont plus larges que les juges suisses et surtout les juges allemands⁷.

¹ Cf. GUIHO, N. 37 et 38.

² Cf. par ex. Trib. civ. de la Seine, 17.1.1957, in *Dalloz* 1957, J. p. 140-142 (au bénéfice d'anciens parents nourriciers!); Cour de Paris, 1.6.1954, in *Gaz. Pal.* 1954, II, J. p. 136-137; Trib. civ. de la Seine, 25.5.1948, cité dans un arrêt de la Cour de cassation du 13.11.1957, in *Gaz. Pal.* 1958, I, J. p. 131; Cour d'appel de Paris, 30.4.1959, in *Dalloz* 1960, J. p. 673-675 (au bénéfice des parrain et marraine).

³ Genève, Cour de justice civile, 21.1.1944: droit d'avoir l'enfant au choix, le jour de Noël ou à Nouvel-An, in *Sem. jud.* 1945, p. 289 ss; cf. aussi PICOT, p. 81 a; BELZA, p. 17.

⁴ ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 8; BEITZKE, *Familienrecht*, p. 142, VI; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 4 Ba.; PALANDT, § 1634, N. 3; SCHNITZERLING, *FamRZ* 1958, p. 446; SOERGEL, § 75 EheG, N. 8; OLG de Munich, in *JW* 1939, p. 290.

⁵ A ce propos, SOERGEL cite un arrêt du Kammergericht publié in *Deutsche Rechtsprechung* 40, p. 980 (KG DR 40, 980).

⁶ Mais là encore, l'intérêt de l'enfant doit rester déterminant, et c'est à juste titre que la Cour de cassation arrête que « la demande du père de les faire venir (les enfants) aux grandes vacances près de lui à Madagascar, même en payant leur voyage, est la marque évidente qu'il ne juge pas en bon père de famille... », Cour de cassation civile, 3.2.1960 in *Gaz. Pal.* 1960, II, table anal., p. 112, N. 69.

⁷ Cf. par exemple, Cour de Paris, 5.7.1957, in *Dalloz* 1957, p. 640; Genève, Cour de justice civile, 22.1.1925, in *Sem. jud.* 1926, p. 250 ss; *Sem. jud.* 1940, p. 265 ss; GIGON, p. 104 et 105; BIEDERMANN (II), p. 35; BELZA, p. 15 et 17. — KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, § 1634, N. 6; PALANDT, § 1634, N. 3; SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 446; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG 4, B. a.

Lorsque les frais de voyage sont excessifs, par exemple¹, ou que le bénéficiaire du droit de visite ne dispose ni du temps ni de la place nécessaires pour accueillir l'enfant, l'organisation la mieux conçue peut rester lettre morte et les relations personnelles ne jamais s'exercer, du moins sous forme de visites ou de séjours.

L'âge de l'enfant. Sans effet sur le principe du droit aux relations personnelles, l'âge de l'enfant joue par contre un rôle important quant à sa réglementation.

Bébé, l'enfant est souvent confié à sa mère. Le père bénéficie alors d'un droit de visite. Pour un temps cependant, ce droit devrait être suspendu si les visites, qui ont lieu en principe chez la mère, provoquent des scènes pénibles entre les parents dont l'enfant pourrait ressentir les effets. Il n'est pas non plus recommandé de transporter l'enfant chez son père ou chez un tiers pour les visites. A cet âge, il a besoin de la présence et des soins de sa mère et le va-et-vient lui est préjudiciable².

Plus grand, l'enfant se rendra sans grand risque chez le bénéficiaire³. Suivant la réglementation la plus souvent admise dans la pratique, il incombe au titulaire du droit de visite de venir le chercher et de le reconduire à sa demeure habituelle. Cependant, dans les limites tracées par l'intérêt de l'enfant, l'autorité compétente peut approuver ou prescrire des arrangements différents. La fréquence des rencontres ne doit pas imposer à l'enfant la fatigue de trop nombreux déplacements ni le soumettre à la tension résultant d'un perpétuel changement de milieu.

Le Tribunal supérieur zuricois a jugé que le parent d'un enfant d'âge préscolaire peut jouir d'un droit plus étendu que le parent d'un écolier⁴. Un élément déjà signalé plus haut paraît justifier ce point de vue : Absorbé par l'école et ses devoirs, l'enfant passe moins de temps libre auprès du parent gardien. Il s'agit dès lors de maintenir la proportion entre les loisirs dont profite ce dernier et ceux dont bénéficie le « visiteur ». Encore à Zurich, on admet qu'un droit de séjour ne peut être accordé que lorsque l'enfant a

¹ *De lege lata*, le droit de visite est prévu dans l'intérêt de son bénéficiaire, c'est-à-dire du parent visiteur. C'est donc en principe à ce dernier, lorsqu'il exerce son droit, de supporter les frais de voyage (aller et retour) de l'enfant, ainsi que les éventuels frais d'accompagnement. Cf. Trib. supérieur de Zurich, 7.2.1942, in *BIZR* 41, N. 128, p. 354. Dans certains cas cependant, ce principe est tempéré par des exceptions : cf. LÜCKEN, in *DFG* 1943, p. 113-116, quand encore il n'est pas mis en question : Cf. une remarque de ENDEMANN, in *JW* 1933, 2080, N. 1.

² « Kleine Kinder sollen nicht zuviel hin- und herreisen », *BIZR* 41 (1942), p. 288, litt. rr ; OLG de Fribourg-en-Brigau, 21.10.1952, in *Zentralblatt...* 1953, p. 131 : suspension d'un droit de visite de trois heures chaque samedi pour un enfant âgé d'un an.

³ Cf. ATF du 8.11.1945, in *RO* 71 II 208 ss : « 5... Der Beklagte ist berechtigt, das Kind ... bis zu dessen zurückgelegten 4. Altesjahre jeden Monat einmal bei der Klägerin zu besuchen und vom 5. Altesjahre an jeden Monat einen halben Tag zu sich zu nehmen. »

⁴ Trib. supérieur, 8.11.1944, in *BIZR* 48 (1949), p. 92-93, N. 49.

atteint l'âge scolaire¹. Doit-on en déduire que seul l'enfant de cet âge est en mesure d'en profiter (ou de les subir) sans en être perturbé? Ce n'est pas impossible. Cela correspond aussi à la décision précitée: D'âge préscolaire, l'enfant jouit de loisirs constants et peut plus facilement consacrer un samedi, un dimanche ou un week-end au « visiteur ». Cela change dès son entrée à l'école: Ses loisirs sont réduits et le gardien ne doit pas en subir seul les conséquences. Les visites mensuelles sont alors raréfiées et remplacées par un séjour durant les vacances.

Plus âgé (de 9 à 15 ans), l'enfant reste sensible aux conditions dans lesquelles s'exerce le droit de visite. Si sa résistance physique est plus grande et s'il supporte mieux les déplacements, son caractère s'affirme lui aussi. Il est maintenant capable de juger lui-même. S'il a considéré jusqu'ici les visites comme un plaisir, tout est bien. Mais s'il les a toujours ressenties comme une injustice, comme une pénible obligation à laquelle il a vainement tenté de se soustraire, sa révolte risque de se manifester de manière plus ouverte et plus active à l'avenir. Durant les périodes difficiles du développement de l'enfant, il est recommandé de suspendre le droit de visite dès que le besoin s'en fait sentir².

L'adolescent essaiera d'imposer une modification *de facto* du droit de visite aménagé par le juge et qui ne lui convient pas. Qu'on le veuille ou non, sa volonté ne peut plus être ignorée à partir d'un certain âge³. Ni les efforts du parent gardien, ni les revendications du « visiteur », ni même la condamnation pénale qu'il fait encourir à son père ou à sa mère pour insoumission à une décision de l'autorité ou pour non-représentation d'enfant ne réduiront son opposition. Plus que jamais, l'enfant cesse d'être un objet de droit. Il manifeste maintenant lui-même sa volonté, et il entend la voir respecter.

La santé de l'enfant et de l'ayant-droit. On doit tenir compte en organisant le droit aux relations personnelles de la santé physique et psychique de l'enfant. Les visites ne doivent pas l'éprouver. On lui évitera donc tout excès de fatigue, toute tension nerveuse, particulièrement s'il est malade ou de constitution délicate. Dans ce domaine, le diagnostic du médecin est déterminant. Il doit l'emporter sur les exigences de l'ayant droit.

Si ce dernier habite une région où l'enfant pourrait se faire du bien (station de montagne ou balnéaire, par exemple), on devrait en tenir compte et remplacer ou compléter les visites par des séjours plus fréquents et plus longs, pour autant, bien entendu, que les intéressés soient d'accord⁴.

¹ Trib. supérieur, 8.1.1947, in *BIZR* 48 (1949), p. 94, N. 51

² Cf. GIGON, p. 108.

³ A ce propos, cf. les deux jugements judiciaires relevés ci-dessus, p. 49, note 1, et p. 50, note 2.

⁴ Par analogie, si l'enfant étudie la langue du pays où habite le titulaire du droit de visite, des séjours chez ce dernier peuvent être dans son intérêt.

Certaines rencontres peuvent être supprimées par suite d'une maladie de l'enfant : Elles ne devraient pas être remplacées en principe. Privé de loisirs à cause de son état de santé momentanément déficient, l'enfant n'a pas à en subir d'autres conséquences. De tels « remplacements » ne seraient pas équitables non plus à l'égard du (parent) gardien : Ayant soigné l'enfant durant le week-end normalement réservé au droit de visite, il en serait privé à un autre moment pour donner satisfaction à l'ayant droit.

Si ces maladies se répètent souvent et ont un caractère douteux, le titulaire du droit de visite peut exiger un certificat médical¹. Il ne faut pas oublier que la perspective des visites peut rendre l'enfant malade dans certains cas. Là encore, on devrait suivre l'avis du médecin et du psychiatre.

Des précautions s'imposent également lorsque l'ayant droit est atteint d'une maladie² ou d'un vice qui pourrait nuire à l'enfant lors des visites. La mesure la plus efficace serait souvent la suspension ou même la suppression des relations personnelles. Mais avant de prononcer cette mesure, les tribunaux exigent souvent la preuve que tout autre moyen de protection de l'enfant est inefficace, ce qui n'est certes pas toujours dans son intérêt. Parmi ces précautions, signalons la limitation de la fréquence et de la durée des rencontres³, la présence d'un tiers lors des visites et la désignation du lieu où elles devront s'effectuer.

Si les intéressés ne s'entendent pas quant au remplacement des visites annulées par suite d'une maladie de l'ayant droit, le juge ne devrait pas l'imposer, sauf si le refus du gardien constitue un abus de droit manifeste.

Le cadre des visites

Sous réserve d'un certain nombre d'exceptions, le droit de visite s'exerce en principe au domicile du titulaire, où l'enfant se rend seul ou accompagné⁴.

Lorsque l'enfant est trop jeune pour se déplacer, les visites ont lieu au domicile du gardien, éventuellement en présence de ce dernier ou d'un tiers.

¹ Dans ce cas, le titulaire du droit de visite pourrait même requérir une véritable expertise médicale (quitte à en avancer les frais) sans devoir nécessairement se contenter d'un certificat établi par le médecin de famille du gardien de l'enfant.

² Cf. Cour de Paris, 26.7.1950, in *Gaz. Pal.* 1950, II, J. p. 367-368; *BIZR* 43 (1944), p. 230-231, N. 148; « Il est clair ... que si le mal dont souffre la recourante était contagieux, il ne saurait être question de la mettre en contact avec l'enfant... », ATF du 4.4.1946 in *JdT* 1946, p. 322 ss (*RO* 72 II 10).

³ Un demi-jour tous les trois mois à une mère atteinte de maladie mentale : Trib. sup. de Zurich, in *BIZR* 1944, p. 230-231.

⁴ L'enfant peut par exemple être conduit par le gardien et raccompagné par l'ayant-droit. Ou vice-versa : cf. Amiens, 13.5.1952, in *Gaz. Pal.* 1952, II, table anal. p. 131. — Cf. ci-dessus, p. 55.

Si son état de santé appelle des soins particuliers, les visites se feront dans un établissement hospitalier ou en la présence d'une personne apte à lui prodiguer ces soins.

Les distances jouent également un rôle. S'il habite trop loin pour que l'enfant puisse se rendre chez lui, l'ayant droit doit se déplacer lui-même. Les visites se dérouleront dans un endroit plus rapproché de la résidence de l'enfant.

Il se peut encore que le titulaire du droit de visite habite une région menacée ou troublée (par une guerre, une révolution, une épidémie par exemple), ou que sa demeure soit inutilisable. De telles circonstances commandent évidemment que le droit de visite s'exerce ailleurs.

En fixant le cadre des visites, il faut d'ailleurs avoir égard à la santé morale de l'enfant autant qu'à sa santé physique. Ainsi ne saurait-il rendre visite à sa mère dans des locaux où elle « reçoit » ou qui sont notoirement mal famés. Le remariage du titulaire du droit de visite pose parfois un problème, particulièrement lorsque son nouveau conjoint a contribué à la ruine de son premier ménage. Dans ces cas, par malheur assez fréquents, le juge peut interdire la présence du nouveau conjoint durant les visites ou disposer que celles-ci s'effectueront chez un tiers, par exemple chez les grands-parents de l'enfant ¹.

Quand l'enfant est placé dans un home ou quelque autre établissement, le règlement de celui-ci s'applique en fait au droit de visite ², car une multitude de régimes individuels aboutirait à l'anarchie. Dans les limites de cette réglementation, les parents effectuent leurs visites soit simultanément (s'ils vivent en bonne intelligence) soit alternativement. En général, les rencontres ont lieu dans le cadre de l'établissement. Exceptionnellement, elles peuvent se dérouler chez les parents.

Pour éviter de trop nombreux déplacements et pour favoriser l'intégration et le développement de l'enfant dans son nouveau milieu, les rencontres, si elles sont admises, auront lieu au sein de la famille nourricière. Ici encore, et moyennant certaines précautions, des visites peuvent être autorisées chez l'ayant droit ou dans un lieu neutre ³.

La répartition des enfants entre leurs père et mère est une solution peu souhaitable ⁴ qui ne peut malheureusement pas toujours être

¹ A ce propos, cf. HAFTER (I), p. 77; *Sem. jud.* 1957, p. 262 ss; *BIZR* 27 (1928), N. 60, p. 101; en Allemagne: HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, 4 B. c; en France: Trib. civil de Mirecourt, 20.12.1954, in *Dalloz* 1955, J. p. 106-107; Cour de Pau, 7.12.1953, in *Gaz. Pal.* 1954, I, J. p. 293.

² Contra, Cour de cassation, 15.12.1955, arrêt commenté in *RTDC* 1956, p. 317.

³ Cf. Cour de Bourges, 7.5.1958, in *Gaz. Pal.* 1958, I, J. p. 429-430, commenté in *RTDC* 1958, p. 598-599.

⁴ Cf. par exemple, HAFTER (II), p. 43; Genève, Cour de justice civile, 23.6.1961, in *Sem. jud.* 1962, p. 385-388.

évitée¹. Les enfants ne sont plus seulement séparés de l'un de leurs parents, mais aussi de leurs frères et sœurs. On aménagera alors le droit de visite de manière à donner aux enfants l'occasion de se retrouver périodiquement. Confiés au père, deux frères pourront par exemple rencontrer leur sœur vivant chez leur mère lors de leurs visites à celle-ci ; inversement, la sœur retrouvera ses frères durant ses visites chez son père. Si le droit de visite des père et mère est limité à une rencontre mensuelle, les enfants se verront, eux, deux fois chaque mois. La séparation des enfants joue donc aussi un certain rôle quant à la fréquence, la durée et quant au lieu des visites. La jurisprudence offre quelques exemples de son souci de tels aménagements².

La présence de tiers lors des visites. La « surveillance » des visites par le gardien a rapidement été considérée comme une mesure vexatoire à l'égard du « visiteur », comme une limitation de son droit. Malgré l'atteinte qu'en fait, sinon en droit, l'exercice du droit de visite porte à la puissance paternelle, les juges n'ont pas hésité à exclure cette « surveillance » toutes les fois qu'elle n'était pas indispensable³. Dans la règle, les visites ont lieu maintenant sans témoin. Quelques exceptions tempèrent ce principe : Lorsque par exemple l'enfant exige des soins constants que le « visiteur » ne peut lui prodiguer, ou lorsque le bénéficiaire du droit de visite présente certains dangers : maladie mentale, ivrognerie, prostitution⁴.

§ 3. LE DROIT DE CORRESPONDANCE

Les « visites » ne sont qu'un des aspects des relations personnelles indiquées par les circonstances. L'échange de correspondance en est un autre. Il peut s'ajouter aux rencontres ou les remplacer⁵.

¹ On doit s'y résoudre en particulier lorsque aucun des deux parents n'a la possibilité matérielle d'élever plusieurs enfants, alors qu'ils seraient l'un et l'autre moralement capables de le faire.

² Cf. *Sem. jud.* 1926, p. 417 ss (convention entre époux) ; Trib. sup. de Zurich, les 11.2.1948 et 22.6.1949, in *BIZR* 50 (1951), N. 143 et 144, p. 241-242 ; BIEDERMANN (I), p. 47. En Allemagne : OLG de Bavière, 10.10.1952, in *JR* 1953, p. 264 ; ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 8.

³ Guiho prétend que l'atteinte portée à la puissance paternelle à cette occasion a été plus sérieuse que celle résultant de l'admission du droit de séjour, N. 37 ; en Allemagne, cf. OLG Hamm, 16.12.1958, in *FamRZ* 1959, p. 169-170 ; PALANDT, § 1634, 3 ; SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 446 ; SOERGEL, § 75 EheG, N. 8.

⁴ Cf. l'ATF du 4.4.1946, in *JdT* 1946, p. 322 ss ; *Sem. jud.* 1949, p. 17 ss ; *BIZR* 46 (1947), N. 5, p. 17 ; 56 (1957), N. 23, p. 46-47. En Allemagne, OLG Celle, 11.10.1955, in *Zentralblatt...* 1956, p. 137-138 ; ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 8 ; HOFFMANN-STEPHAN § 75 EheG, N. 4, B. c ; PALANDT, § 1634, N. 3.

⁵ PLANIOL et RIPERT (II), N. 654 ; MARTY-RAYNAUD, N. 638 ; les auteurs allemands sont en majorité opposés à l'existence simultanée du droit de visite et du droit de correspondance : HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 3 B ; SOERGEL, § 75 EheG, N. 5. Par contre, RIEDEL

L'enfant capable d'écrire se charge en principe lui-même de cette correspondance. Le gardien la soumet à un certain contrôle, sans toutefois exercer une censure systématique, à moins qu'il ait des raisons de le faire¹. S'il y a contestation avec l'auteur des lettres retenues ou « censurées », celles-ci doivent être soumises à l'appréciation de l'autorité qui décide de leur transmission à l'enfant ou de leur destruction. L'autorité peut prononcer la suspension ou la suppression de la correspondance. Si elle estime au contraire que le gardien abuse de son droit de contrôle, rien ne l'empêche de le lui retirer et d'ordonner par exemple que les lettres soient adressées à un office des mineurs chargé de les transmettre à l'enfant après examen².

Quand l'enfant refuse ou néglige d'écrire, le gardien doit lui imposer de le faire. S'il échoue, il peut donner lui-même des nouvelles à l'ayant droit³. Il n'encourt pas dans ce cas les sanctions prévues contre le parent incapable d'assurer un exercice normal des visites.

Le gardien peut être tenu d'écrire lui-même à l'ayant droit lorsque l'enfant en est incapable. Il aura éventuellement l'obligation d'envoyer des photographies de l'enfant, des rapports sur sa santé ou des bulletins scolaires⁴. Les mêmes exigences ne sont pas applicables au gardien si les visites sont possibles, à moins qu'elles ne soient très espacées. Ajoutées aux visites, les lettres seront moins nombreuses et marqueront par exemple un anniversaire ou une fête religieuse.

(p. 88-89) et KRÜGER-BREETZKE-NOWACK sont pour une plus grande extension du droit de correspondance.

¹ PLANIOL et RIPERT, *ibid.*

² Cf. SOERGEL, § 75 EheG, N. 5; HOFFMANN, § 75 EheG, N. 3, C.

³ Le parent gardien doit cependant faire tout ce qui est en son pouvoir pour que des rapports « personnels » soient maintenus entre l'enfant et l'ayant-droit: « ... L'intimée ne saurait faire valoir qu'il est certes regrettable que les enfants ne correspondent pas avec le demandeur, mais qu'elle ne peut les y contraindre, parce qu'ils sont trop grands. Comme le remarque à juste titre la Cour cantonale, les enfants étaient jeunes lors de leur départ pour l'Australie et dame M. aurait certainement pu les habituer à écrire à leur père... », ATF du 14.3.1957, in RO 83 II 89 ss.

⁴ A ce propos, cf. *SfZ* 26, p. 297, N. 201; EGGER, Art. 156, N. 23 c; en Allemagne, KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, § 1634, N. 7. Contra: LG d'Aachen, 16.8.1950, in *Zentralblatt*. 1952, p. 83-84. Selon HOFFMANN-STEPHAN et SOERGEL, *op. cit.*, seul le parent dont les relations sont limitées exclusivement à l'échange de correspondance peut demander des photos et des rapports concernant l'enfant.

CHAPITRE III

L'INSTITUTION DU DROIT DE VISITE

§ 1. LA RÉGLEMENTATION DU DROIT DE VISITE PAR L'AUTORITÉ

Le droit aux relations personnelles relève toujours de l'ordre public, qu'on l'envisage dans le cadre du conflit parental, du retrait tutélaire de la garde ou de la puissance paternelle, ou dans celui de la filiation illégitime. Son organisation ne dépend donc pas de la volonté des parents.

L'intérêt de l'enfant étant le principe directeur en tout ce qui concerne le droit de visite, et les autorités de tutelle étant par essence chargées de protéger cet intérêt, cette autorité devrait, semble-t-il, être compétente en la matière. Or, le législateur suisse ne leur reconnaît ce pouvoir que dans le cadre du retrait purement tutélaire de la garde ou de la puissance paternelle¹ (art. 284 et 285 CCS) et quand le droit de visite est accordé à la mère illégitime privée de la garde de son enfant (art. 326 al. 1 CCS).

Lorsque le droit aux relations personnelles est une des prétentions que les parents en conflit peuvent faire valoir l'un contre l'autre, c'est le juge qui est compétent en droit suisse. Les articles 145, 156 et 157 CCS sont donc des exceptions au principe de la compétence des autorités de tutelle en matière de protection de l'enfance.

L'attribution du droit de visite et son organisation doivent être déterminées avant tout par l'intérêt de l'enfant. Cette règle est valable aussi bien sur le plan formel que dans le domaine matériel. Et les questions formelles jouent ici un rôle plus important que dans d'autres secteurs du droit. En effet, pour être valable, l'organisation du droit de visite doit remplir des conditions apparemment contradictoires. Elle doit être à la fois complète, précise et souple. Complète et précise pour limiter le plus possible les difficultés d'interprétation et le risque de disputes entre les intéressés. Souple, afin de

¹ Il faut pourtant signaler que, dans la majorité des cantons, le retrait de la puissance paternelle n'est pas tutélaire.

laisser place à une adaptation aisée et sans dommage pour l'enfant aux circonstances nouvelles. Ces conditions, aucune ordonnance (judiciaire ou administrative) ne peut les remplir simultanément. Seule une modifiabilité très grande peut les réaliser : L'organisation du droit de visite n'est jamais définitive. Des modifications nombreuses et rapides peuvent intervenir. La question de l'autorité compétente se pose donc aussi bien pour l'organisation initiale du droit de visite que pour ses modifications ultérieures et les mesures provisoires précédant le jugement de divorce. Aussi bien peut-on se demander si la compétence exclusive du juge consacrée par le législateur suisse répond aux exigences d'une protection efficace des intérêts de l'enfant. Certes, les motifs qui sont à l'origine de la solution légale sont louables. Le législateur a en particulier voulu tenir compte des réglementations cantonales précédemment en vigueur ; il a voulu éviter une double intervention, judiciaire et tutélaire, dans le procès en divorce ; il a souhaité une certaine continuité dans les décisions relatives aux enfants de parents divorcés. En outre, et ceci révèle la préséance accordée jadis aux intérêts des parents : « Si le législateur a délégué ces compétences au « juge », par opposition aux autorités de tutelle, c'est... qu'il a considéré que seule une procédure judiciaire était de nature à offrir aux intéressés les garanties d'une instruction complète ainsi que la possibilité de faire valoir tous leurs droits, et en outre qu'il importait de leur réserver la faculté de porter la décision devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme. ¹ » Invoqués en faveur de la compétence du juge pour la modification du jugement de divorce, ces motifs sont également valables dans le cadre de l'article 156 CCS.

Les auteurs ² et les tribunaux admettent généralement cette compétence : Le juge du divorce doit statuer d'office sur le droit de visite ³, il lui incombe de combler lui-même ⁴ les lacunes que comporte son jugement s'il a omis de statuer sur ce point qui doit nécessairement être réglé. C'est donc par un seul et même jugement que le juge du divorce doit statuer sur les conclusions en divorce et sur les effets accessoires ⁵.

La solution légale offre des avantages. Elle évite en particulier des conflits de compétence au moment du divorce (on verra qu'il s'en produit parfois en Allemagne). Elle garantit mieux les droits des père et mère. Mais elle soulève aussi certaines objections. L'autorité tutélaire ne devrait pas être disqualifiée précisément au moment où la situation de l'enfant exige la plus vigilante

¹ ATF du 21.1.1925, in *RO* 51 II 1 ss.

² Cf. en particulier VONTOBEL ; A. LIESCH, in *RDT* 1961, p. 81-87 ; contra, R. KEHL, in *RDT* 1953, p. 121 ss.

³ Cf. en particulier un ATF du 10.9.1959, in *RO* 85 II 226 ; *RO* 82 II 470 (*JdT* 1960, p. 509).

⁴ *RO* 81 II 313 ss.

⁵ Cf. « Aperçu de jurisprudence », in *JdT* 1956, p. 356, N. 5 (Disjonction).

sauvegarde. S'il est normal que les circonstances qui ont provoqué le divorce soient prises en considération, il est discutable de leur accorder, ainsi qu'au divorce, une prépondérance telle que les relations personnelles ne soient plus considérées comme un problème en soi, mais comme un « effet accessoire ». Car une fois le divorce prononcé, il l'est définitivement et il ne pose plus de problèmes comme tel, alors que ses effets accessoires et tout particulièrement les relations personnelles restent sujets à de nombreuses transformations. Si par la suite la protection des intérêts de l'enfant nécessite une adaptation du droit de visite aux circonstances nouvelles, il est étonnant de devoir modifier quelque chose à la fois d'aussi important et d'aussi définitif que le jugement qui prononce le divorce. Pourquoi ne pas considérer les relations personnelles et leur organisation comme une entité adaptable aux besoins de l'enfant avant tout, sans qu'il faille nécessairement recourir à l'action en modification du jugement de divorce dont l'issue est douteuse et les frais élevés ? On aborde ici un des reproches les plus sérieux adressés au système de la compétence du juge du divorce : sa rigidité¹. En outre, au motif relevé par le Tribunal fédéral selon lequel la procédure judiciaire protégerait mieux les droits des justiciables², on peut répondre qu'ici l'intérêt de l'enfant doit être déterminant. Or cet intérêt est mieux protégé par le plus grand pouvoir d'adaptation qui caractérise la réglementation tutélaire. Par conséquent, c'est plutôt l'autorité tutélaire qui devrait intervenir.

Les nombreux inconvénients d'ordre pratique qui sont inhérents à l'intervention judiciaire mettent en évidence les avantages de la procédure tutélaire : « ... Les autorités de tutelle, en tout cas lorsqu'elles sont des organes administratifs, sont mieux adaptées que le juge à la tractation rapide et efficace des problèmes de protection des mineurs. Elles ne font pas que dire le droit. Elles pourvoient elles-mêmes ou par d'autres agents de l'administration à l'exécution de leurs décisions. Et dans la détermination des faits, elles ne sont pas bridées par les règles parfois encombrantes des lois de procédure civile...³ »

Les désavantages de la compétence judiciaire sont plus nombreux encore lorsqu'il s'agit de modifier l'organisation⁴ prévue par le juge du divorce. Aussi bien de nombreux conflits de compétence devaient-ils surgir à ce moment entre le juge et l'autorité tutélaire. En bref, le problème est le suivant : Un jugement de divorce ayant précisé les droits respectifs des parents sur

¹ A ce propos, cf. KISTLER (II), p. 126-127 ; plus catégoriques : HAFTER (I), p. 79, et KEHL, p. 126, in *RDT* 1953.

² Ci-dessus, p. 62.

³ F. MEYER, in *RDT* 1962, p. 41 ss ; cf. aussi R. KEHL, *op. cit.*, p. 126-127.

⁴ R. KEHL, *op. cit.*, l'exprime en ces termes : « ... Die Kompetenzabgrenzung im Zeitpunkte des Scheidungsurteils selbst (...) steht nicht im Brennpunkte der Auseinandersetzung... Die Hauptschwierigkeiten ergeben sich in der Anwendung von Art. 157 ZGB... », p. 123.

leurs enfants, l'autorité tutélaire peut-elle encore, par la suite, intervenir en faveur de ces enfants sur la base des articles 283 ss CCS et modifier les dispositions judiciaires? Aux reproches cités il faut ajouter celui-ci : Théoriquement, la moindre adaptation du droit de visite aux circonstances nouvelles — à un changement de domicile, par exemple — est de la compétence du juge (art. 157 CCS). Craignant d'introduire une action en modification dont l'issue est incertaine et dont il redoute les frais, le parent gardien y renoncera, créant ainsi le risque d'un conflit avec le « visiteur ». C'est le cas par exemple lorsque la santé de l'enfant exigerait un certain repos et une réduction des visites. C'est donc finalement l'enfant qui risque de subir les conséquences de cette rigidité.

Après avoir appliqué strictement les dispositions légales, le Tribunal fédéral a modifié sa jurisprudence dont le cours sinueux a connu un tournant décisif par l'arrêt du 7 mai 1930. Contrairement aux termes de la loi, notre Cour suprême y restreint la compétence du juge ordinaire de l'article 157 CCS au profit des organes de tutelle. Dorénavant, ceux-ci pourront intervenir sur la base des articles 283 ss CCS en faveur également des enfants de parents divorcés. Faisant le point de cette évolution ¹, M. Meyer conclut qu'à l'heure actuelle les autorités cantonales préposées à l'application des articles 283 à 286 CCS sont compétentes « pour prendre toutes les mesures prévues à ces articles, le recours au juge de l'art. 157 n'étant admis que lorsque la modification requise tend au transfert à l'époux qui en avait été privé de la puissance paternelle accordée à l'autre... » ². Il faut toutefois souligner que l'autorité tutélaire ne peut prendre que des mesures destinées à protéger l'enfant. Ceci appelle quelques précisions dans le domaine particulier du droit de visite où le principe reste qu'« il n'est pas de la compétence de l'autorité tutélaire de prendre une décision à l'occasion de difficultés pouvant s'élever entre parents divorcés au sujet de l'exercice du droit de visite sur leur enfant ³ » et que « l'autorité tutélaire ne peut prendre, en application de l'art. 283 CCS, que des mesures nécessaires pour la protection de l'enfant. De telles mesures ne peuvent être prises qu'à l'encontre de parents exerçant les droits de la puissance paternelle dans un sens contraire à l'intérêt de l'enfant » ³. Ce qui revient à dire, avec le Conseil d'Etat argovien, que l'autorité tutélaire est compétente pour restreindre le droit de visite accordé par un jugement de divorce à l'un des conjoints, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige ⁴. La condition de cette

¹ Les jugements rendus et publiés à propos de l'art. 157 CCS sont très nombreux. De 1930 à 1952, R. KEHL en a dénombré plus de 50 (op. cit., in *RD*T 1953, p. 121 ss).

² F. MEYER, *op. cit.*, p. 47; cf. aussi BIEDERMANN (II), in *RSUP* 1937, p. 37; EGGER, art. 157, N. 10 et 11.

³ Genève, Autorité de surveillance des tutelles, 20.6.1952, in *Sem. jud.* 1953, p. 318 ss (résumé de tête); cf. aussi *RD*T 1951, p. 108 ss.

⁴ Conseil d'Etat argovien, 10.4.1953, in *RD*T 1955, p. 104-105; dans le même sens, cf. aussi Conseil d'Etat saint-gallois, 7.4.1928, in *SJZ* 25, p. 381, N. 70.

intervention est une situation telle que le développement normal de l'enfant soit gravement menacé par l'exercice des visites¹.

Inspiré par des considérations d'ordre pratique, le Tribunal fédéral a recouru à différents critères pour justifier l'une ou l'autre compétence. Tandis que la « délimitation des droits des parents », la « fixation des droits des parents », les « conséquences nécessaires du divorce », la « modification du jugement de divorce » appellent l'intervention judiciaire, la « décision prise en vertu d'un nouvel état de fait et indépendamment des considérants du jugement de divorce » justifierait la compétence des organes tutélaires. Les auteurs sont loin d'approuver tous cette jurisprudence. Seeger² dit que le Tribunal fédéral a mélangé plutôt qu'il n'a délimité les compétences. Kehl estime ces critères peu clairs et imprécis. Constatant que sur les bases légales actuelles on ne peut donner aucune solution heureuse à ce conflit de compétences, cet auteur préconise une modification de la loi consacrant la compétence exclusive des autorités de tutelle pour tout ce qui concerne le sort des enfants de parents divorcés. Il faudrait alors que le droit fédéral impose des règles de procédure minima prévoyant en particulier la possibilité pour les intéressés d'être entendus, de consulter le dossier et le droit de porter la décision de l'autorité tutélaire devant un tribunal, un tribunal administratif éventuellement. Ainsi serait garantie aux intéressés une protection juridique satisfaisante.

La solution ne paraît pas aussi simple à M. Meyer, le problème étant plus complexe que ne le dit M. Kehl. Si l'on doit « concéder que le Tribunal fédéral a parfois sacrifié la logique juridique aux nécessités pratiques »³, sa tâche n'était pas aisée. En effet, dit M. Meyer : « ... la substitution de l'administration au juge pour la réglementation de situations de droit privé, qui résume dans un certain sens, l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question qui vient d'être examinée, peut véritablement être interprétée comme le symptôme du passage d'une époque à l'autre. L'esprit individualiste et libéral qui a présidé à l'adoption du code civil ne correspond plus guère à la vie actuelle. Le juge y représentait une autorité dont on pouvait restreindre l'intervention dans les limites approximatives que lui avaient fixées les parties. On pensait ainsi éviter une immixtion excessive de l'Etat dans les affaires privées.

» Le passage de l'Etat de droit à l'Etat des services sociaux, modifiant l'optique générale, a provoqué un puissant développement de l'administration et a amené son intervention dans tous les domaines où pouvaient être en jeu

¹ A ce propos, I.-T. GYGAX précise avec raison : « Das Eingreifen der Vormundschaftsbehörde soll meines Erachtens auf keinen Fall von schwereren Voraussetzungen abhängig gemacht werden, als dasjenige des Abänderungsrichters. Massgebend ist die Gefährdung des Kindes », p. 45.

² In ZSR 48, p. 207 ss.

³ F. MEYER, *op. cit.*, p. 47.

les intérêts des faibles. Or, il est évident que la protection que la première jurisprudence du Tribunal fédéral voulait assurer aux enfants d'époux divorcés par le ministère du juge de l'art. 157 était illusoire.

» Ce n'est pas ici le lieu de porter une appréciation sur le divorce en tant qu'institution du droit civil. Toutefois, une constatation s'impose à tous ceux qui sont en contact avec l'administration de la justice pénale : Le divorce est un inéluctable destructeur de l'équilibre moral des enfants d'époux divorcés et l'agent de recrutement le plus efficace des maisons de correction ou de relèvement pour la jeunesse. Exposés à des dangers aussi grands, les enfants ont sans doute besoin d'une autre protection que celle que peut leur offrir un juge lié aux règles de la procédure civile. Mais les confier à la vigilance de l'administration, c'est ouvrir la porte à un autre péril : On voit l'Etat envahir, peu à peu, la vie privée des citoyens et reprendre les tâches appartenant normalement aux communautés naturelles intermédiaires.

» Trouver une ligne de partage entre ces deux tendances, éviter à la fois l'abandon d'êtres sans défense et la mainmise de l'Etat sur toute vie privée, c'est la tâche difficile du droit à l'époque actuelle. ¹ »

Lors du jugement de divorce, la réglementation du droit de visite continue d'être considérée comme un effet accessoire qui ressortit à la compétence du juge. Les considérations d'ordre pratique qui ont permis au Tribunal fédéral d'admettre l'intervention des autorités de tutelle à l'égard des enfants après le divorce de leurs parents — contrairement aux termes de l'article 157 CCS — et les inconvénients inhérents à la compétence du juge justifieraient, semble-t-il, que ces mêmes autorités organisent le droit de visite déjà lors du divorce. En effet, la compétence judiciaire ne s'impose, avant tout, que pour protéger les intérêts des parents. Or, en cette matière, l'élément déterminant doit être l'intérêt de l'enfant et sa sauvegarde. Il devrait en résulter logiquement la suppression de cette dernière survivance de la compétence judiciaire.

La diversité organique de nos autorités tutélaires ² interdit pourtant de plaider sans réserve en faveur de leur compétence exclusive et généralisée. En l'état actuel de ces institutions et de notre législation, c'est plutôt dans le sens d'une délégation partielle ³ de compétence qu'il faut rechercher une solution. La jurisprudence en donne quelques exemples. Les compétences y sont le plus souvent déléguées de manière limitée. Dans certains cas cependant, une grande liberté est donnée à l'autorité tutélaire. Ainsi, en présence d'un parent dont il craint qu'il n'entraîne son enfant à l'étranger en profitant

¹ F. MEYER, *op. cit.*, p. 47-48.

² Ainsi que certaines tendances qui, malheureusement, les caractérisent parfois : interventionnisme et souplesse excessifs, solutions arbitraires.

³ La question est fort controversée ; cf. en particulier VONTOBEL, p. 86 et 87 ; SEEGER, p. 197 a.

des visites, le Tribunal fédéral arrête : « Il est juste que le soin de déterminer la garantie à fournir soit laissé aux autorités de tutelle. Ces autorités sont plus souples que les tribunaux ou les autorités exécutives ; elles peuvent s'adapter plus rapidement aux circonstances particulières de la cause, et les risques sont moindres que celui des parents auquel appartient le droit de visite soit empêché de l'exercer par suite des longueurs et des complications de la procédure...¹ » Dans un autre cas, où il s'agissait d'organiser les relations personnelles d'une mère prostituée professionnelle dépourvue de tout sens moral, le Tribunal fédéral confie également cette mission à l'autorité tutélaire : « Le Tribunal fédéral n'est pas en état de dire actuellement quelles seront les mesures à prendre. L'autorité tutélaire qui est plus près des parties sera mieux placée pour le faire. Il convient donc d'accorder en principe à la recourante le droit de voir son enfant une demi-journée par mois et pour le surplus de renvoyer la cause à l'autorité tutélaire du canton de Genève en l'invitant à préciser les conditions dans lesquelles ce droit s'exercera.² » Dans un arrêt plus récent, notre juridiction suprême va plus loin encore : Un tribunal ayant reconnu en principe un droit de visite et chargé l'autorité tutélaire d'en fixer les modalités, le Tribunal fédéral déclare qu'« en l'espèce, les modalités du droit de visite des parents dépendent dans une large mesure des dispositions que prendra le gardien de l'enfant, de telle sorte que le juge ne possède pas les éléments nécessaires pour régler l'exercice de ce droit. L'endroit où se trouvera l'enfant et la distance qui séparera ce lieu du domicile de chacune des parties joueront notamment un rôle important dans la détermination de la durée et de la fréquence des visites ainsi que des conditions dans lesquelles elles auront lieu. Pour ces motifs il se justifie de laisser le soin à l'autorité tutélaire de fixer les modalités du droit de visite en tenant compte de l'ensemble des circonstances spécialement des mesures prises par le gardien...³ »⁴

Le fait que la délégation est le plus souvent fort restreinte et n'intervient que dans des circonstances particulières n'est pas déterminant. L'essentiel est qu'une brèche soit ouverte dans l'absolu de la compétence judiciaire⁵.

¹ ATF du 28.6.1928, in *JdT* 1928, I, p. 525 ss (RO 54 II 238).

² Arrêt du 4.4.1946, in *JdT* 1946, I, p. 322 (RO 72 II 10).

³ ATF du 28.10.1955, in *Sem. jud.* 1957, p. 559-560.

⁴ En termes moins exprès peut-être, d'autres juridictions et autorités reconnaissent aussi le principe d'une délégation. Ainsi le Conseil d'Etat bernois, dans une décision du 20.10.1959 relative à la modification d'un droit de visite dont le bénéficiaire a abusé : « Es ist keine Frage, dass die missbräuchliche Art der Ausübung des Besuchsrechts durch den Ehegatten, welchem die Kinder im Scheidungsprozess vorenthalten wurden, die Erziehung gefährden und zu ihrem Schutze Massnahmen im Sinne von Art. 283 notwendig machen kann. Solche zu treffen steht aber der Vormundschaftsbehörde nur dort, wo das Scheidungsurteil die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen zu den Kindern nicht näher geregelt hat... », in *RDT* 1961, p. 46 ss, N. 10.

⁵ Brèche que sans aucun doute le TF a ouvertes dans les exemples précédents.

Le mieux serait que le juge du divorce accorde le principe du droit de visite et en détermine éventuellement le contour d'une manière très générale après avoir consulté l'autorité tutélaire. Il déciderait par exemple que le droit de visite comprendra un week-end par mois, deux ou trois semaines par année, que les frais occasionnés par son exercice seront à la charge du bénéficiaire. Pour le surplus, il renverrait « la cause à l'autorité tutélaire... en l'invitant à préciser les conditions dans lesquelles ce droit s'exercera »¹². Dans ces limites, l'autorité tutélaire pourrait organiser et modifier le droit de visite en fonction de l'évolution de la situation et de l'intérêt de l'enfant, sans qu'il faille chaque fois recourir à l'action en modification de l'article 157 CCS. Si cette autorité l'estimait nécessaire, elle pourrait demander une limitation judiciaire du droit accordé par le juge. En cas d'urgence, elle prendrait les dispositions utiles, modifiant en fait la décision du juge, à condition toutefois d'introduire simultanément une action basée sur l'article 157³.

Une telle répartition des compétences ne paraît pas contraire à la loi. L'article 156 CCS laisse en effet une grande liberté d'action au juge et la délégation partielle peut très bien être envisagée comme une des « mesures nécessaires concernant ... les relations personnelles » (art. 156 al. 1 CCS). Cette solution est pour le moins aussi légale que celle consacrée par le Tribunal fédéral au terme de l'évolution de sa jurisprudence relative aux mesures que l'autorité tutélaire peut prendre aussi à l'égard des enfants de parents divorcés. Elle a en outre l'avantage de tenir compte du danger signalé par M. Meyer (cf. plus haut, p. 66) en évitant une ingérence trop grande de l'administratif dans le judiciaire.

La compétence du juge en matière de réglementation du droit aux relations personnelles résulte du premier alinéa de l'article 156 CCS. Une interprétation restrictive des deuxième et troisième alinéas de cette disposition permet d'envisager cette compétence à l'égard seulement de « celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés ». En d'autres termes, si le juge prive les deux parents de la puissance paternelle ou de la garde, le droit aux relations personnelles n'est plus, ou du moins n'est plus exclusivement un effet accessoire

¹ Selon les termes du TF, cf. ci-dessus p. 67, note 2.

² C'est dans ce sens que conclut M^{lle} DANIELEWICZ : « ... On serait alors tenté de dire que le juge peut laisser au travailleur social le soin d'organiser complètement le droit de visite. Cette étude nous a cependant démontré que les parents sont rassurés par le cadre juridique que donne le jugement à leur droit. Ainsi, les jugements souples, qui précisent le cadre des visites et laissent au Tuteur général le soin de les organiser conviennent le mieux à un déroulement harmonieux des relations personnelles entre parents et enfants », p. 75. Cet auteur cite la formule suivante, utilisée par un tribunal genevois : « ... la possibilité est laissée à l'Autorité tutélaire de reconsidérer cette réglementation si nécessaire », p. 39; cf. aussi *MSBVR* 21, 141; *SJZ* 20, 262.

³ Cf. à ce propos un arrêt du Conseil d'Etat bernois du 20.10.1959, in *RDT* 1961, p. 46 ss, N. 10, et KISTLER (II), p. 127.

du divorce. Il tend à sortir de la compétence judiciaire pour entrer dans celle de l'autorité tutélaire¹. M. Barde semble admettre ce point de vue lorsqu'il écrit : « ... Les raisons qui, en dépit du silence de l'art. 156 al. 2, militent en faveur de la fixation des contributions à la charge des parents déchus de la puissance paternelle par le juge du divorce n'existent pas pour ce qui est du droit de visite. Dans le cas de déchéance des deux parents, les enfants seront, très souvent, confiés à un établissement. Le droit de visite des parents devra s'exercer conformément aux règles de l'établissement ; il n'y a donc pas lieu d'en fixer les modalités au moment du jugement de divorce, alors que le sort futur des enfants n'est souvent pas encore fixé. ² » Ce raisonnement nous paraît applicable non seulement aux parents que le juge prive de la puissance paternelle, mais aussi aux parents privés simplement du droit de garde. En effet, par ses termes mêmes : « Celui des parents auquel les enfants ne sont pas confiés », la loi ne distingue pas entre les parents déchus de la puissance paternelle et les parents privés du droit de garde. Le terme « confier » implique la remise effective des enfants au parent, et non seulement l'attribution de la puissance paternelle amputée du droit de garde³. Pratiquement d'ailleurs, le motif invoqué par le juge Barde est valable pour l'un et l'autre cas, le sort futur des enfants n'étant pas plus fixé en cas de retrait de la puissance paternelle qu'en cas de retrait du droit de garde⁴.

On peut encore souligner qu'ici, ce n'est plus tant le divorce que l'incapacité des parents d'exercer le droit de garde qui est à l'origine du droit aux relations personnelles. Or, si l'autorité tutélaire ne peut prononcer un divorce, elle peut retirer la garde ou déchoir de la puissance paternelle, puis accorder et organiser des relations personnelles. De là à considérer que le retrait de la garde ou la déchéance de la puissance paternelle prononcée par le juge du divorce contre les deux parents crée une situation dont l'autorité tutélaire est appelée à connaître, il n'y a qu'un pas. On le franchit facilement, sachant que les éventuelles difficultés provoquées par les relations personnelles ne résulteront plus désormais (et sauf exception) du conflit qui subsiste entre les ex-conjoints, puisque l'enfant n'est confié à la garde d'aucun d'eux.

¹ VONTOBEL exprime un avis différent, p. 85 ; quant à A. LIESCH, il propose une solution de compromis comparable à celle que nous préconisons plus haut (p. 66-67) de manière plus générale, sous forme d'une délégation partielle des compétences.

² *Op. cit.*, p. 550 a.

³ Faute d'une précision plus grande, c'est aussi dans ce sens que nous comprenons les termes de W. SAMELI : « ... Wenn die Kinder beiden Eltern entzogen werden, dann wird das Besuchsrecht im Scheidungsurteil nicht geregelt... », p. 88.

⁴ C'est ce qui ressort également de la jurisprudence du Tribunal fédéral : cf. ci-dessus, p. 67, note 3.

Si certaines autorités partagent ce point de vue¹, d'autres sont d'un avis différent. Un jugement du Tribunal supérieur zuricois prévoit par exemple que, malgré le retrait de la puissance paternelle aux deux parties et la désignation d'un tuteur à l'enfant, les relations des parents avec leurs enfants doivent être réglées selon l'article 156 CCS, particulièrement en ce qui concerne le droit de visite. L'exercice de ce droit ne doit pas dépendre de l'arbitraire des parents nourriciers et du tuteur. Ce n'est pas non plus l'affaire de l'autorité tutélaire que de prendre les mesures nécessaires. Au contraire, le législateur a imposé cette tâche au juge dans tous les cas, peu importe à qui la puissance paternelle a été attribuée². Les motifs invoqués par ce tribunal ne sont pas satisfaisants. En effet, comme le signalent M. Barde et l'arrêt bâlois précité³, l'article 156 ne prévoit que le cas où l'enfant est confié à l'un des parents. D'autre part, si la puissance paternelle est retirée aux deux parents, elle n'existe plus. Elle ne peut donc être confiée à quiconque et il n'est dès lors plus possible de charger le juge de la régler comme telle. La puissance paternelle est remplacée par une tutelle dont l'organisation et les effets ressortissent à l'autorité tutélaire.

Quant au Tribunal fédéral, il n'utilise pas de formule impérative à ce propos. S'il admet que dans certaines circonstances l'organisation du droit de visite peut être confiée à l'autorité tutélaire⁴, dans le cadre d'une délégation étendue, c'est pourtant à la compétence judiciaire qu'il donne en principe sa préférence. Il dit en effet que, selon une jurisprudence solidement établie, le juge du divorce n'est pas seulement autorisé à retirer la puissance paternelle aux deux parents et à placer l'enfant sous tutelle; il peut aussi — en relation avec l'attribution de l'enfant à l'un de ses parents ou avec l'institution d'une tutelle — ordonner des mesures protectrices de l'enfant sur la base des articles 283 ss CCS. Mesures qui, lorsqu'elles sont indépendantes du divorce, sont ordinairement de la compétence des autorités de tutelle. Cela vaut aussi, dit le Tribunal fédéral, pour la procédure judiciaire en modification du jugement de divorce concernant l'organisation des droits des parents⁵.

Nous pensons pourtant qu'en cas de retrait de la puissance paternelle ou de la garde aux père et mère, le juge du divorce devrait charger l'autorité tutélaire de trancher toutes les questions relatives au droit de visite⁵.

¹ Cf. Tribunal civil de Bâle-Ville, 27.1.1920, in *SfZ* 18 (1921-22), p. 125-126; Tribunal supérieur de Zurich, 2.3.1927 et 7.11.1928, in *SfZ* 27, p. 116, N. 88 et *SfZ* 27, p. 295, N. 221; Conseil d'Etat bernois, 20.10.1959, in *RDT* 1961, p. 46 ss.

² Jugement du 25.5.1940, in *BIZR* 41 (1942), p. 79, N. 26, litt. h; dans le même sens, Trib. sup. de Zurich, 20.4.1940, in *BIZR* 41 (1942), p. 79-80, N. 26, litt. i.

³ Cf. ci-dessus, p. 67, note 3.

⁴ ATF du 21.1.1958, in *BIZR* 59 (1960), N. 112 (on y cite *RO* 69 II 130 ss).

⁵ C'est là le point de vue généralement admis par la pratique bâloise et que confirme pour sa part un arrêt relativement récent du Tribunal cantonal des Grisons: « ... Die Ordnung

Lorsqu'un tuteur a été désigné, est-ce lui ou l'autorité tutélaire qui est compétent pour régler les relations personnelles entre l'enfant et ses parents? L'article 405 CCS dispose que « Le tuteur veille à l'entretien et à l'éducation du pupille mineur. Il exerce à cet effet les droits des père et mère, sous réserve du concours des autorités de tutelle. » Si le tuteur exerce véritablement les droits des père et mère, la réglementation des relations personnelles de l'enfant devrait lui incomber aussi puisque, quand ils exercent la puissance paternelle, ce sont les parents qui sont responsables de cet aspect de l'éducation. En outre, le droit de visite n'est pas du nombre des situations que le tuteur doit régler avec le concours des autorités de tutelle. Il ne figure pas non plus aux articles 273 ss CCS qui traitent de la puissance paternelle, ni aux articles 421 et 422 relatifs au consentement que l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance doivent donner dans certains cas. Il semble donc que la réglementation des relations personnelles ressortisse à la compétence exclusive du tuteur, le pupille capable de discernement et tout intéressé — ici surtout les parents — pouvant recourir à l'autorité tutélaire contre ses actes (art. 420 al. 1 CCS). Pour le Conseil d'Etat de Bâle-Campagne, qui part de ce point de vue, le tuteur a les mêmes droits et les mêmes obligations que les parents pour veiller à l'éducation et à l'entretien de son pupille mineur. Il peut user de ses compétences librement et conformément à son devoir, en se laissant guider par le bien de l'enfant. La réglementation du droit de visite des parents est aussi du nombre des mesures que le tuteur doit prendre en vertu de l'article 405 CCS. Sous réserve des articles 421 à 423, le législateur a voulu lui laisser une certaine indépendance, spécialement en cas de garde personnelle des mineurs, à l'intérieur de laquelle l'autorité tutélaire doit lui laisser toute liberté aussi longtemps qu'il n'en abuse pas, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il ne viole pas les intérêts de l'enfant et ne les met pas en danger par des mesures inopportunes. Dans ces limites, l'autorité tutélaire n'a donc pas à substituer son jugement à celui du tuteur. Elle ne peut intervenir que lorsque celui-ci outrepassé son pouvoir d'appréciation ¹.

Cette répartition des compétences n'est pas toujours exprimée de manière aussi précise. W. Sameli n'écrit-il pas par exemple que lorsque les enfants sont retirés aux deux parents, il appartient au tuteur ou à l'autorité tutélaire de régler

obliegt *ex officio* dem Scheidungsrichter, der eine einlässliche Regelung nur an die Vormundschaftsbehörde delegieren wird, wenn die Kinder einer Drittperson überwiesen werden », 6.7.1959, in *PKG* 1959, p. 19-20. Quant aux tribunaux zuricois, ils n'admettent la compétence de l'autorité tutélaire en matière de droit de visite que lorsque les circonstances futures sont encore inconnues au moment du jugement; cf. *BIZR* 43 (1944), N. 147. Même dans ces cas, H. HINDERLING estime que le droit de visite devrait être réglé dans le jugement de divorce, au moins quant à son principe, p. 122; W. BÜHLER est du même avis, p. 412-413.

¹ Décision du 10.12.1957, in *BJM* 1958, p. 154; cf. aussi Genève, Cour de justice civile, 28.10.1955, in *Sem. jud.* 1957, p. 262 ss; Direction de justice zuricoise, 17.4.1952, in *RDT* 1954, p. 37.

ces relations ?¹ De même, certains tribunaux chargent l'autorité tutélaire de cette mission sans préciser si c'est au tuteur qu'en définitive sera confié ce soin².

Rappelons aussi que, d'un avis différent, le Tribunal supérieur de Zurich a jugé à plusieurs reprises que, malgré le retrait de la puissance paternelle aux deux parents et la désignation d'un tuteur, l'exercice du droit de visite ne doit pas être abandonné au libre arbitre des parents nourriciers et du tuteur³.

L'accord est donc loin d'être réalisé dans ce domaine⁴.

Contrairement au Conseil d'Etat bâlois, nous hésitons à donner les pleins pouvoirs au tuteur pour régler les relations personnelles, même dans les limites précisées. Nous ne sommes pas certain non plus que dans tous les cas il faille en confier le soin à l'autorité tutélaire, comme le préconisent le Tribunal civil de Bâle-Ville² et le Tribunal supérieur de Zurich². Paradoxalement peut-être, c'est précisément quand le tuteur exerce personnellement le droit de garde, c'est-à-dire quand il remplit avec une grande similitude le rôle des parents selon l'article 405 CCS que sa compétence de régler les relations personnelles nous paraît le plus contestable. Il se peut en effet qu'à cette occasion le tuteur ne se laisse pas toujours et avant tout guider par l'intérêt de l'enfant mais que, consciemment ou non, il se réfère à ses propres goûts, à ses préjugés et à ses aises, sinon encore à quelque éventuelle hostilité à l'égard des parents déchus. Si le tuteur gardien a les mêmes droits que les parents pour veiller à l'éducation du mineur (aux termes de l'art. 405 CCS), il a en outre une obligation particulière, à leur égard précisément, et que ceux-ci n'ont envers personne quand ils exercent la puissance paternelle : L'obligation qui découle du lien naturel de parenté⁵ de leur rendre possible l'exercice du droit de visite. Le simple recours à l'autorité tutélaire prévu à l'article 420 ne donnant pas toujours aux parents le sentiment d'une protection suffisante, il serait bon, dans ce cas, qu'un tiers neutre et compétent soit chargé de cette réglementation. L'autorité tutélaire elle-même, ou un office des mineurs, pourrait être ce tiers.

En revanche, si le tuteur⁶ n'a pas la garde de l'enfant, s'il est étranger aux parents nourriciers, on peut lui confier cette réglementation sans que les

¹ *Op. cit.*, p. 88.

² Tribunal civil de Bâle-Ville, 27.1.1920, in *SfZ* 18 (1921-22), p. 125-126, N. 91 ; dans le même sens, Tribunal supérieur de Zurich, 2.3.1927, in *SfZ* 27, p. 116, N. 88 et 7.11.1928, in *SfZ* 27, p. 295, N. 221.

³ Tribunal supérieur de Zurich, 25.5.1940, in *BIZR* 41 (1942), p. 79, N. 26, litt. h, et 20.4.1940, in *BIZR* 41 (1942), p. 80, N. 26, litt. i. Environ une année plus tard, le 11.10.1941 (*BIZR* 41 (1942), p. 242, litt. o), le même Tribunal prenait une décision contraire. A la suite de la publication de cet arrêt, une remarque précise qu'il n'y a pas de pratique fermement établie dans ce sens. On y renvoie aux décisions citées ici-même.

⁴ Cf. R. KEHL (III) p. 363 (Anhang, N. 9).

⁵ Ou simplement du lien de parenté légale.

⁶ Le tuteur général, par exemple.

parents aient à craindre son manque d'objectivité, le recours à l'autorité tutélaire leur restant par ailleurs réservé en vertu de l'article 420 CCS.

Si l'enfant doit être confié à un établissement, on admet généralement que le règlement de ce dernier s'applique à l'exercice du droit de visite et que les parents doivent s'y soumettre¹, quand bien même limiterait-il l'étendue du droit que leur accorde le juge ou l'autorité tutélaire. Peu importe que le bénéficiaire de ce droit soit déchu de la puissance paternelle ou seulement privé de la garde. Toutefois, si le bénéficiaire de la puissance paternelle (ou le tuteur) place l'enfant dans un établissement dans le but essentiel de porter atteinte au droit de visite de l'autre parent, les visites autorisées par cet établissement étant plus limitées que celles accordées par le juge (ou l'autorité tutélaire), il commet un abus de droit et le lésé peut agir auprès du juge ou de l'autorité compétente.

En droit allemand, il semble résulter des § 1634 BGB et jadis du § 75 EheG que la réglementation autoritaire des relations personnelles est toujours de la compétence du tribunal de tutelle. Si tel est le principe, un cas cependant reste litigieux : D'aucuns estiment que dans le cadre des mesures provisoires, c'est le tribunal du divorce qui est compétent ; les autres prétendent que la compétence du tribunal de tutelle est exclusive et comprend aussi ce cas. Les partisans de la première thèse font valoir notamment que si le § 627 du code de procédure civile reconnaît la compétence du tribunal de divorce pour régler le droit de garde, cette compétence inclut celle de régler le droit aux relations personnelles, ce dernier étant dépendant du droit de garde, ces deux droits étant deux aspects d'un seul et même problème. En outre, la compétence du juge du divorce permet aussi d'éviter l'intervention d'une seconde autorité dont la nouvelle enquête risquerait de bouleverser à nouveau les intéressés et plus particulièrement les enfants².

Les nombreux tribunaux de divorce qui se déclarent incompétents pour régler le droit de visite et les auteurs qui partagent leur point de vue invoquent

¹ Cf. par exemple Dr E. HAUSER (IV), p. 252 : « ... Die Rechtstellung des Inhabers der elterlichen Gewalt bleibt dieselbe, ob es sich um Massnahmen nach ZGB oder StGB handelt. Die elterliche Gewalt ist eingeschränkt, soweit die Durchführung der behördlichen Massnahme es verlangt. So haben z.B. bei Anstaltsversorgung die Eltern sich in bezug auf den persönlichen Verkehr an das Anstaltsreglement zu halten... » Et cela est valable à plus forte raison lorsque les parents sont déchus de la puissance paternelle. Cf. aussi Tribunal supérieur de Zurich, 8.2.1939, in *BIZR* 40, N. 16, p. 33.

² A ce propos, cf. SCHNITZERLING, *FamRz* 1958, p. 447 ; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, § 1634, N. 4 ; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, 6 A, et plus spécialement ROTH-STIELOW : « Die Regelung des Verkehrs mit Kindern im Scheidungsprozess », in *NJW* 1956, I, p. 289 ; RIEDEL, p. 121. — Parmi les tribunaux favorables à cette thèse, cf. KG, ZS, du 17.4.1958, in *FamRz* 1958, p. 230 ; OLG Karlsruhe, 15.7.1958, in *FamRz* 1958, p. 333 ; OLG Bamberg, in *FamRz* 1956, p. 29 ; OLG Stuttgart, 19.10.1956, in *NJW* 1956, p. 1804.

principalement le motif suivant : Si le législateur avait réellement voulu que le tribunal de divorce fût compétent, il aurait cité la réglementation des relations personnelles parmi les dispositions que ce tribunal peut prendre à titre de mesures provisoires, comme il l'a fait en particulier pour le droit de garde. A l'appui de leur thèse, ils ajoutent que le tribunal de tutelle peut mieux approfondir que le tribunal de divorce les circonstances relatives aux enfants et prévoir une réglementation qui corresponde vraiment à leur bien car, contrairement au tribunal du divorce, il est en contact permanent avec l'office des mineurs, spécialiste de toutes ces questions. Enfin, comment douter de la compétence du tribunal de tutelle dans ce cas particulier quand on sait que, le cas échéant, celui-ci pourrait supprimer les relations que le tribunal de divorce aurait accordées, ou accorder celles qu'il aurait interdites. Il est dès lors préférable que le tribunal de tutelle soit d'emblée et exclusivement compétent pour éviter les conséquences regrettables que pourraient avoir pour l'enfant des jugements contradictoires et presque simultanés ¹.

En France, « le tribunal de grande instance est seul compétent pour statuer sur une demande en divorce » ²; c'est donc lui, en procédure ordinaire, qui connaîtra en principe du droit de visite dans le cadre du divorce.

Cependant, le droit de garde et le droit de visite font souvent l'objet de mesures provisoires qui interviennent lorsque la demande de droit de visite est formulée pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce, pendant la procédure en conciliation. Les mesures provisoires sont de la compétence du président du tribunal ³. « Le droit pour le président d'ordonner une mesure provisoire s'ouvre dès la première comparution de l'époux demandeur... Ces mesures provisoires concernant la garde des enfants peuvent d'ailleurs être, en tout état de cause, provoquées par l'intervention d'un membre de la famille... ⁴ » « Mais une fois l'ordonnance de non-conciliation rendue, c'est le tribunal tout entier qui a qualité pour statuer sur le droit de visite. ⁵ » « Suivant

¹ Cf. OLG Kiel, 19.9.1946, in *NJW* 1947-48, p. 120; OLG Tübingen, 13.6.1947, in *NJW* 1947-48, p. 671; OLG Freiburg i. B. 21.10.1952, in *Zentralbl.* 1953, p. 130; OLG Köln, 20.8.1958, in *Zentralbl.* 1959, p. 25; OLG Schleswig, 1.9.1958, in *Zentralbl.* 1959, p. 25-26. — Les auteurs sont partagés, avec, semble-t-il, une majorité favorable à la compétence du tribunal du divorce sous certaines réserves : HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, rem. 6 A; PALANDT-LAUTERBACH, § 1634, rem. 4 : pour lui, le § 627 ZPO ne concerne que le droit de garde, avec une exception : Le tribunal du divorce peut régler provisoirement le droit aux relations personnelles lorsqu'on ne peut s'attendre à une décision rapide du tribunal de tutelle.

² AUBRY et RAU, p. 243, § 478, N. 166; cf. aussi L. GASTON, p. 99 : « Le tribunal normalement compétent sera le tribunal de première instance du domicile du titulaire du droit de garde.

³ Cf. L. GASTON, p. 99; COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, N. 1169; AUBRY et RAU, § 478, N. 171, 186, 191.

⁴ COLIN..., *ibid.*, N. 1169.

⁵ L. GASTON, p. 99.

l'art. 238 code civ., au cas de non-conciliation, le juge, tout en constatant celle-ci et autorisant le demandeur à assigner, statue sur la garde provisoire des enfants et sur le droit de visite des parents.¹ »

Etant donné le caractère provisoire, révocable du droit de visite, sa modification sera fréquente, théoriquement du moins. Quel tribunal est compétent pour y procéder ? Dans sa thèse, M. Loïc Gaston dit que « le tribunal qui a été saisi une première fois du droit de visite demeure compétent pour ordonner² » ces modifications. Il ajoute : « Si, les parties ayant fait appel, la réglementation du droit de visite a été modifiée par la Cour, cette dernière sera de nouveau compétente au cas où d'autres difficultés d'exécution viendraient plus tard à s'élever.³ » Cette règle n'est pas absolue, en particulier elle « ne fait pas obstacle à l'introduction par les parents devant le tribunal du domicile du défendeur d'une action tendant à faire ordonner une mesure particulière justifiée par les circonstances (Cass., 14 avril 1919, D. 1919.I.59), ni à la compétence du juge des référés au cas d'urgence (Angers, 25 février 1941, D.H. 1941, 218) »³.

La Cour de cassation a jugé puis confirmé⁴ que la demande d'augmentation de la pension fixée par une décision judiciaire antérieure, doit être intentée selon les voies ordinaires, c'est-à-dire avec assignation devant le tribunal de grande instance du domicile du défendeur. Le motif est qu'une telle demande n'a trait ni à l'exécution ni à l'interprétation d'une décision antérieure, et qu'on doit la considérer par conséquent comme une demande nouvelle et principale. Par la suite, « les juges du fond, transposant la même solution pour décider des règles de compétence quant aux demandes de modification, se prononcent généralement, comme l'arrêt rapporté, pour l'application des voies de droit ordinaire à la demande de modification tenue comme demande nouvelle et principale »⁵. Ainsi la Cour d'appel d'Angers a jugé « qu'une demande tendant à faire modifier les conditions d'exercice d'un droit de visite organisé par une décision judiciaire antérieure n'a pas trait à l'exécution de cette décision » et « qu'une semblable demande est nouvelle et principale et doit, par suite, être intentée suivant les voies de droit ordinaires avec assignation devant le tribunal de grande instance du défendeur »⁶.

¹ Cour de cassation, 15.12.1955, in *Dalloz* 1956, J. p. 250-251, résumé de tête, plus note : « ... En matière de divorce, c'est au juge qu'il appartient de statuer sur la garde et le droit de visite, tant en ce qui concerne les mesures provisoires que la garde définitive... ». Cf. aussi AUBRY et RAU, § 478, N. 192.

² L. GASTON, p. 99-100.

³ PLANIOL et RIPERT (I), N. 1885.

⁴ Le 19.12.1957, in *Dalloz* 1958, p. 83.

⁵ Note figurant à la suite de la publication d'un arrêt de la Cour d'appel d'Angers, du 9.3.1961, in *Dalloz* 1961, p. 364-365. Cf. aussi AUBRY et RAU, § 481, N. 219.

⁶ Cour d'appel d'Angers, 9.3.1961, in *Dalloz* 1961, p. 364-365, plus note.

En résumé, en cas de difficulté d'exécution, c'est le tribunal précédemment saisi qui reste compétent en France, tandis qu'en cas de modification des conditions d'exercice du droit de visite, c'est le tribunal de grande instance du demandeur qui doit être saisi.

Outre cette compétence ordinaire, il faut citer la compétence extraordinaire du juge des référés en matière de droit de visite. Elle est même si importante que « le juge des référés est considéré, à juste titre, comme le juge par excellence du droit de visite »¹. La caractéristique de la procédure des référés est de permettre au juge d'intervenir « dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement... et ce principe de compétence est général... »². La notion d'urgence est une pure notion de fait ; elle doit être appréciée dans chaque cas par les juges inférieurs. Son appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Dans le domaine des mesures provisoires, la notion d'urgence soulève quelques difficultés : Tandis que certains tribunaux exigent une urgence « exceptionnelle » ou « extrême »³, d'autres estiment que l'urgence suffit⁴, qu'elle n'a pas besoin d'être qualifiée et que le juge des référés jouit à ce propos d'un souverain pouvoir d'appréciation⁵. Quant à l'urgence elle-même, elle « est, en somme, dans les procès de ce genre, réalisée presque nécessairement et de plein droit... »⁶.

La compétence du juge des référés est soumise à d'autres conditions, en particulier l'absence de préjudice au principal. Mais dire à ce propos que les mesures prononcées par le juge des référés sont provisoires ne suffit pas. On a vu en effet que toute mesure relative au droit de garde et de visite est précaire. Dès lors, limiter la compétence du juge des référés seulement par le caractère provisoire des mesures qu'il prend reviendrait à l'assimiler à celle du juge du fond, « ce qui ferait apparaître son intervention comme une dérogation aux principes ordinaires de la procédure »⁷. Si le devoir du juge des référés est de parer aux nécessités urgentes « tout en sauvegardant le droit des juges du fond de trancher les questions de principe »⁶, la limite est difficile à établir. En ce qui concerne les visites par exemple, un remède urgent a

¹ L. GASTON, p. 100.

² Cour de cassation, 30.7.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, J. p. 306, résumé de tête.

³ Cf. Nancy, 21.11.1949, in *Gaz. Pal.* 1950, I, 186 ; Amiens, 9.2.1943, in *Gaz. Pal.* 1943, I, 126.

⁴ Paris, 28.11.1936, in *Gaz. Pal.* 1937, I, 241 ; Cour de cassation, 30.7.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, 306.

⁵ Note au pied de la publication d'un arrêt de la Cour de cassation du 30.7.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, 306.

⁶ Note de P. HÉBRAUD à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 2.11.1955, in *Dalloz et Sirey* 1956, p. 153-154.

⁷ Paris, 13.12.1934, D.H. 1935, 138, cité par P. HÉBRAUD dans sa note précitée.

parfois l'effet d'une décision de principe. C'est surtout ici qu'apparaît l'importance du caractère provisoire de la mesure d'urgence. C'est au juge du fond qu'il appartiendra de maintenir ou de modifier la solution des référés. Cependant, « il n'est pas nécessaire, quoiqu'on l'ait parfois suggéré ou jugé, que le président limite l'efficacité de sa décision à l'avenir immédiat et imparte un délai au demandeur pour saisir les juges du fond »¹.

Un autre principe important, et même essentiel de la procédure des référés — puisque sans lui son efficacité serait considérablement limitée — est que « la solution sur le principal ne retire pas la compétence du juge des référés »². Le dispositif d'un jugement ou d'un arrêt relatif au droit de visite peut donc être modifié par ce juge si des faits nouveaux ont surgi depuis son énoncé et s'il y a urgence à prendre d'autres mesures. « Mais le juge des référés ne devrait pas, le lendemain d'un jugement rendu par le tribunal, accorder une mesure que celui-ci a refusée, ou qui ne lui a pas été soumise ; aucune circonstance nouvelle ne justifierait une décision qui ne constituerait qu'un recours détourné contre celle des juges du fond... Lorsqu'on demande seulement au juge des référés la reconnaissance d'un droit de visite, le principe n'en est généralement pas douteux et la règle suivant laquelle son aménagement doit respecter les prérogatives essentielles de la garde suffit pour que la décision n'empiète pas sur le domaine des juges du fond.³ »

Quand la demande est présentée par d'autres personnes que les père ou mère, la qualité pour agir du juge des référés n'est pas conditionnée seulement par l'urgence des mesures à prendre. Si la Cour de cassation a pu décider que le juge était compétent pour accorder un droit de visite à une grand-mère maternelle en raison de « l'absence de contestation sérieuse touchant une prétendue atteinte au pouvoir du juge de fond »⁴, la réponse peut aussi être différente. En effet, le droit de visite reconnu au parent privé de la garde est un droit exclusivement attaché à sa personne et il ne peut être délégué, « fût-ce à une grand-mère... Si les objections formulées par le parent qui a la garde, pour s'opposer à des séjours de son enfant chez sa grand-mère, apparaissent sérieuses, leur examen touche au fond du droit et le juge des référés est incompétent pour connaître de la demande introduite par la grand-mère »⁵. « Il résulte de ces principes que, sauf en cas de réelle urgence justifiée, le juge des référés est incompétent pour statuer sur la demande des grands-parents lorsque les parents opposent des raisons sérieuses à cette prétention. C'est le juge de droit commun qui seul peut statuer sur une demande de cette nature.⁶ »

¹ Note de P. HÉBRAUD, in DALLOZ et SIREY 1956, p. 153-154.

² L. GASTON, p. 102.

³ P. HÉBRAUD, *ibid.*

⁴ Cour de cassation, 2.11.1955, in *Dalloz* 1956, p. 153-154, résumé de tête.

⁵ Cour d'appel de Paris, 17.2.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, I, p. 375.

⁶ Note faisant suite à la référence citée sous 5.

Si c'est le plus souvent pour résoudre les difficultés d'exécution relatives à un droit de visite déjà accordé par le tribunal que le juge des référés est saisi, son intervention est encore sollicitée dans nombre d'autres circonstances ¹.

Réglementation du droit de visite par le juge des enfants

Il résulte de l'Ordonnance du 23 décembre 1958 que tout un ensemble de situations jadis inaccessibles à l'autorité judiciaire ne le sont plus désormais en France. « Quelles sont-elles ? Celles qui expriment un conflit entre l'intérêt supérieur de l'enfant, de sa santé morale ou physique, de son éducation, de son insertion sociale d'une part, et les droits de la famille d'autre part. ² » Cette ordonnance s'inscrit dans deux perspectives essentielles : Les droits des parents doivent s'exercer dans l'intérêt de l'enfant ; l'intérêt de l'enfant veut qu'on fasse de ce dernier un sujet et non plus un objet de droit.

La question se pose de savoir si, pour sauvegarder cet intérêt, le juge des enfants peut intervenir en concurrence avec le tribunal du divorce ou le juge des référés et prendre des mesures concernant les enfants de parents divorcés ou séparés. Appelé à trancher la question, le Tribunal pour enfants de Marseille a répondu par l'affirmative, « attendu que c'est pour atteindre certaines situations où les enfants sont en danger ou en péril moral qu'ont été conçues les dispositions du 23 déc. 1958 relatives à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger ; que rien ne s'oppose à ce que le magistrat des mineurs ait connaissance des situations nouvelles des enfants dont les parents sont séparés ou divorcés et qui requièrent une intervention rapide ; qu'en effet, la mesure de garde primitivement prononcée par la juridiction de droit commun peut, avec le temps et sous l'effet de certaines circonstances, ne plus être adaptée aux légitimes besoins de l'enfant, à ses aspirations, à son avenir... » ³. Un jugement du Tribunal pour enfants de Rochefort ⁴, confirmé par la Cour d'appel de Poitiers ⁵, défend le même point de vue : « Le tribunal pour enfants ne peut en aucun cas être tenu par les dispositions d'un jugement civil alors surtout que les mesures adoptées il y a plus de six ans, ne sont plus adaptées à la situation nouvelle ; qu'il entend les respecter dans la mesure du possible

¹ Le droit de visite que le parent refuse aux grands-parents en est déjà un exemple. Son intervention est aussi requise pour la réglementation provisoire du droit de visite en cas de séparation de fait des parents ; pour corriger les effets de la priorité de reconnaissance d'enfants naturels. Cf. L. GASTON, p. 101.

² J. CHAZAL, commentant cette Ordonnance in *Gaz. Pal.* 1959, II, Doctrine, p. 59-62

³ Tribunal pour enfants de Marseille, 4.3.1960, in *Rec. Dalloz* 1960, J. p. 255-256.

⁴ Du 30.6.1958.

⁵ Le 13.2.1959.

mais qu'il a, dans la situation actuelle, compétence pour les aménager ou les modifier totalement s'il l'estime utile.¹ »

Quand on connaît les qualités requises d'un juge des enfants, les garanties qui entourent son intervention, l'équipement dont il dispose pour étudier chaque situation de la manière la plus approfondie et pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant, on doit admettre l'extension de sa compétence à tous les cas d'enfants de parents divorcés ou séparés qui entrent dans le champ d'application de l'article 375 CCF (modifié par l'Ordonnance du 23.12.1958). Et cela aussi lorsque cette intervention a pour cadre un reliquat d'anciennes querelles entre les parents divorcés, du moment que l'enfant est en danger. Si son intervention est sollicitée dans le dessein de mettre en échec une décision judiciaire antérieure, on ne lui fera pas moins confiance : Il saura déceler le véritable intérêt de l'enfant et garantir sa sauvegarde, le cas échéant même contre le demandeur ! Peu importe dès lors le motif du requérant. Si l'intérêt de l'enfant n'apparaît pas menacé, le juge se déclare incompétent. Si au contraire cet intérêt est en jeu, il est important que sa protection l'emporte plutôt qu'une répartition trop rigide des compétences.

Les nombreuses possibilités d'application de cette Ordonnance de 1958 dans le domaine du droit de visite sont aussi révélées par M. le professeur Savatier dans quelques-unes de ses notes consacrées à la jurisprudence de la Cour de cassation. A la suite du rejet d'une demande de garde formée par les « étrangers » à qui l'enfant avait jadis été confié par ses parents, et du refus de leur accorder un droit de visite, M. Savatier ne pense pas, « s'il apparaît que la santé physique ou mentale du mineur souffre du brusque changement de son régime de vie, de carence affective, ou d'autres carences, ... que le juge des enfants excède ses pouvoirs en organisant, si cela paraît correspondre aux exigences de l'intérêt de l'enfant, des visites mesurées de ses anciens nourriciers...² »

La comparaison des solutions suisses avec les solutions allemandes et françaises révèle certaines analogies : Points communs par exemple entre l'autorité tutélaire, le tribunal de tutelle et le tribunal pour enfants. Elle laisse aussi apparaître des différences importantes. Alors que le tribunal de tutelle a qualité en Allemagne pour régler le droit de visite dans toutes les circonstances, donc aussi en cas de divorce, en Suisse, l'autorité tutélaire se voit en

¹ Cité dans une note signée G. A. à la suite de la publication du jugement du Tribunal pour enfants de Marseille du 4.3.1960 in *Rec. Dalloz* 1960, J. p. 255-256. Dans le même sens, cf. AUBRY et RAU, § 481, N. 219.

² Note faisant suite à la publication d'un arrêt de la Cour de cassation du 10.3.1958, in *Rec. Dalloz* 1959, J. p. 29-30. Dans une autre note (*Dalloz* 1961, p. 521-523), R. SAVATIER conclut que les mesures d'assistance éducative que le juge prévoit au terme de son instruction peuvent se « matérialiser non seulement par des périodes de garde, mais par des visites confiées à des mandataires du juge. Ce n'est plus un « droit de visite » : c'est une « mission de visite ». Car la décision prise part de la sauvegarde de l'enfant, et non d'un droit subjectif du visiteur... »

principe refuser cette compétence dans ce cas précis et si important. Et tandis qu'en France le tribunal pour enfants est compétent pour modifier la réglementation du droit de visite prévue par le juge du divorce lorsqu'elle se révèle contraire à l'intérêt de l'enfant, on manifeste encore trop de réticence en Suisse à reconnaître ce pouvoir à l'autorité tutélaire. On peut en conclure, sur le plan des autorités compétentes tout au moins, que les droits allemand et français offrent plus de possibilités d'assurer efficacement la protection de l'enfant.

Des emprunts à ces deux systèmes permettraient à notre droit d'acquérir plus de souplesse et plus d'efficacité. En plus de l'élargissement souhaitable des compétences tutélaires¹, on devrait rechercher en Suisse une réforme profonde de la structure et une uniformisation de ces autorités. Pour donner aux parents la garantie que l'organisation ou la modification du droit de visite par les organes de tutelle ne constitueront pas une mesure arbitraire, on pourrait prévoir par exemple l'obligation de motiver toute intervention et d'en informer le juge. Chaque autorité tutélaire devrait en outre être présidée par un juge civil spécialiste des problèmes de l'enfance, à l'exemple du juge des enfants du droit français. Pour éviter qu'il y ait « dualité de situations juridiques », il serait souhaitable « en pure logique juridique, que la partie ayant obtenu satisfaction ... saisisse alors la juridiction de droit commun pour que les deux décisions soient harmonisées...² » Cependant, pour éviter le risque même de toute « contrariété de décision² » à plus ou moins brève échéance, la solution idéale serait qu'à l'image du droit allemand, le juge du divorce soit, en Suisse aussi, déchargé de la réglementation des relations personnelles dont le soin serait confié d'emblée à l'autorité tutélaire présidée par un juge civil spécialisé.

Le contenu de la réglementation

Ni le juge du divorce ni l'autorité tutélaire ne peuvent prévoir toutes les fluctuations auxquelles seront soumises les relations personnelles. La réglementation qu'ils établissent ne peut l'être qu'en fonction de ce qu'ils connaissent et peuvent raisonnablement prévoir. Même dans ces limites, les dispositions à prendre demeurent nombreuses. Dans les cas difficiles, elles risquent d'alourdir et d'allonger toute forme de réglementation, rendant par là même nécessaires des modifications futures. On ne doit pourtant pas renoncer à une organisation aussi précise et complète que possible. Car « si les relations personnelles sont stipulées par un dispositif vague, les conflits entre anciens

¹ Ci-dessus, p. 61 ss.

² Note signée G. A. figurant à la suite de la publication du jugement du Tribunal pour enfants de Marseille du 4.3.1960, in *Rec. Dalloz* 1960, J. p. 255-256.

conjoint, même bien disposés au moment du divorce, renaissent au sujet de leurs droits respectifs dans la matière »¹.

Le juge ou le président de l'autorité tutélaire peut tenir compte des arrangements auxquels les intéressés sont éventuellement parvenus à propos du droit de visite. Il ne doit toutefois pas se fier totalement aux promesses et aux apparences en négligeant de préciser lui-même ce que seront ces relations².

En droit suisse, le juge ne doit pas se contenter d'accorder le « droit... » aux « relations personnelles indiquées par les circonstances » (art. 156 al. 3 CCS)³. Ce principe, unanimement reconnu par les auteurs⁴ et les tribunaux⁵, a été défendu en ces termes par MM. Picot et Lefort : « Les enfants sont souvent les premières victimes du divorce de leurs parents ; les tribunaux devront prendre un soin tout particulier à éviter que les enfants ne deviennent un objet de dispute pour leurs père et mère. Pour cela il est essentiel de régler très minutieusement, lors du prononcé du divorce, les relations personnelles des enfants avec celui des parents auquel ils ne sont pas attribués. Le sort des enfants dépendra souvent de l'opportunité des mesures qui seront prises à cet égard...⁶ » « ... Il est important de régler minutieusement les rapports personnels de l'enfant avec celui des parents auquel il n'est pas attribué. On évitera ainsi bien des difficultés dont l'enfant aurait à pâtir...⁶ »

Que penser dans ces conditions des jugements qui accordent un « libre droit de visite » ? S'il est vrai que du point de vue de l'article 156 al. 3 CCS il y a déjà là une certaine précision, on doit cependant considérer une telle « réglementation » comme une regrettable solution de facilité, porteuse très souvent des germes de conflits futurs. Elle n'est pas appliquée par les tribunaux allemands et très rarement par les tribunaux suisses. Par contre, les juges français y recourent assez souvent. Un jugement zuricois traduit l'opinion généralement partagée en Suisse à ce propos : On ne saurait accorder à l'époux divorcé privé de la puissance paternelle le droit de visiter ou de prendre chez lui sans limite l'enfant confié à l'autre époux. Une telle réglementation lui

¹ PICOT, p. 80 a.

² A propos de la réglementation conventionnelle du droit de visite, cf. ci-dessous, p. 83 ss.

³ Que le jugement le prévoie ou non, ce droit existe, expressément réservé par l'article de loi en question.

⁴ Cf. EGGER, Art. 156, N. 22 ; GMÜR, Art. 156, N. 20 ; GIGON, p. 106 ; LANDOLT, p. 73-74 ; BIEDERMANN (II), p. 35 ; BENZ, p. 8-9. Dans le même sens, cf. en Allemagne : ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 8 ; PALANDT, § 1634, N. 3 ; SCHNITZERLING, in *FamRZ* 1958, p. 446.

⁵ Cf. par exemple RO 61 II 215 (*JdT* 1936, I, p. 359 ss) : « ... Vielmehr muss schon das Urteil selbst die für angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Kind erforderliche Beschränkung der elterlichen Gewalt aussprechen... » ; *Rapport du Tribunal supérieur de Soleure*, 1930, p. 19 et 1946, p. 106. En Allemagne, BayerObLG 10.10.1952, in *JR* 1953, p. 264.

⁶ Respect. A. PICOT et H. LEFORT, in *RDS* 1929, vol. 48, p. 468 a et 481 a.

donnerait en effet la possibilité de troubler et d'aggraver de manière inadmissible la tâche éducative du parent qui exerce la puissance paternelle¹.

Comment définir en droit français l'élément matériel du délit de non-représentation d'enfant (qu'on étudiera plus loin) lorsque les juges ont simplement accordé le droit de « voir librement l'enfant »² sans aucune précision quant au jour, à l'heure, au lieu ni à aucune autre modalité d'exercice du droit de visite? Invoquant l'imprécision d'une telle « organisation », une mère estime qu'elle n'a aucune obligation de conduire ou de présenter l'enfant en quelque endroit que ce soit, et que leur père n'a aucun droit de l'emmener au dehors! Elle adopte alors une attitude passive, punie par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, mais que ne condamnent pas tous les juges du fond³. On peut aussi se demander ce qui distingue un « libre droit de visite » d'un « droit de voir librement l'enfant ». (C'est encore ce qu'a tenté de faire la mère en question.) Apparemment, le premier est plus étendu, puisqu'il inclut visites « actives » et visites « passives », tandis que le second semble limité à la possibilité de voir l'enfant. Mais ce qui caractérise également ces deux droits, c'est leur redoutable imprécision et leur regrettable étendue.

Un exemple intéressant est donné en droit suisse du degré de précision que doit parfois atteindre la réglementation du droit de visite. On considère en général que la notion de « journée » ou de « demi-journée » est assez précise. L'expérience prouve le contraire car les juges zuricois ont eu à trancher entre deux interprétations différentes de cette unité de temps. Une mère la concevait comme un après-midi complet, de midi au soir, tandis que le père voulait la limiter à quelques heures seulement. Le Tribunal de district précisa donc cette notion dans un jugement de complément. Il arrêta que l'après-midi, en tant que demi-journée, s'étendait de 13 à 19 heures du 1^{er} avril au 1^{er} octobre, et de 13 à 18 heures du 1^{er} octobre au 1^{er} avril. Le Tribunal supérieur ajouta que la demi-journée ne doit pas être considérée comme la moitié d'un jour du calendrier, mais comme la moitié moyenne du temps durant lequel on n'a pas besoin de lumière artificielle, la moitié du temps où il fait jour. Ainsi la demi-journée de visite consiste en un après-midi complet, du milieu du jour jusqu'au soir, et non seulement en une partie de l'après-midi⁴.

On comprend mieux dès lors pourquoi le juge a tout avantage à fixer d'emblée la durée des visites de telle à telle heure, de tel à tel jour! La même précision concerne aussi les séjours.

¹ Zurich, I^{re} ch. civ., 27.8.1941, in *BIZR* 43 (1944), p. 231, N. 149.

² Cf. Cour de cassation, 5.2.1958 in *Rec. Dalloz* 1958, J. p. 325-326.

³ Cf. la note qui commente l'arrêt cité sous 2.

⁴ Cf. Tribunal supérieur de Zurich, 2.7.1927, in *BIZR* 27 (1928), p. 139 ss, N. 76.

Parmi les modalités que le juge devrait aussi régler figurent le paiement des frais de voyage et d'accompagnement¹, le maintien ou la suppression de la pension due par l'ayant droit durant les séjours prolongés que l'enfant passe chez lui²; le cas échéant, le remplacement de certaines visites annulées pour cause de maladie ou pour d'autres raisons précises. Pousser plus loin le détail et la précision de la réglementation ne paraît guère possible, du moins dans le cadre du jugement de divorce.

Les modalités particulières qui ne concernent qu'indirectement les rapports entre les ex-conjoints parce qu'elles sont surtout relatives à la protection de l'enfant ne revêtent pas moins une grande importance dans certains cas. Celles qui prévoient par exemple que l'enfant doit être accompagné, que les visites doivent être surveillées par un tiers, qu'elles doivent se dérouler en tel endroit, que tel sujet de conversation ne doit pas être abordé durant les visites, qu'en cas de risque de fuite à l'étranger avec l'enfant l'ayant droit doit déposer ses papiers avant chaque visite. Il est clair que le juge du divorce ne peut entrer dans tous ces détails. Il devrait cependant les régler quand il connaît leur importance dans certaines circonstances particulières, ou tout au moins en charger une autorité tutélaire ou un service de protection de l'enfance.

§ 2. LA RÉGLEMENTATION CONVENTIONNELLE DU DROIT DE VISITE

Lors du divorce, il arrive que les parents aient des vues identiques sur l'avenir de leurs enfants et que sur ce point au moins ils réussissent à se mettre d'accord. Comme ils sont réputés bien connaître leurs enfants et devraient savoir mieux que quiconque quelle est la meilleure solution pour eux, il serait inhumain, peu rationnel et dangereux d'ignorer toujours leur point de vue³.

¹ En cas de doute, c'est le bénéficiaire du droit de visite qui supporte les frais de voyage (aller et retour), ainsi que les éventuels frais d'escorte : cf. Trib. supérieur de Zurich, 7.2.1942, in *BIZR* 41, N. 128, p. 354.

² Des contestations surgissent fréquemment à ce propos. On doit alors admettre qu'« en l'absence d'une disposition expresse d'une décision judiciaire autorisant cette déduction, le premier juge n'a pas commis une violation de la loi en la refusant. La pension, en dépit de sa fixation par mois relevée par l'appelant, est une contribution moyenne à l'entretien des enfants qui, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, incombe en première ligne à celui qui se voit attribuer la garde de ceux-ci... L'on peut diverger d'opinion sur le plan de l'équité quant à la possibilité pour le père de ne pas payer la pension lorsqu'il assume l'entretien des enfants, mais la décision qui ne l'admet pas ne saurait constituer une violation de la loi », Genève, Cour de justice civile, 28.4.1959, in *Sem. jud.* 1960, p. 621-622; cf. aussi un autre arrêt de cette Cour, 13.10.1959, in *Sem. jud.* 1961, p. 53-55.

³ Dans ce sens, cf. BARDE, p. 538 a; éventuellement aussi ATF du 28.6.1934 in *Sem. Jud.* 1935, p. 108.

Cependant, tout ce qui concerne les relations entre parents et enfants est d'ordre public et ressortit à la compétence du juge. Peut-on, dans ces conditions, tenir compte de la volonté des parents tout en respectant les exigences formelles de la loi? Le Code civil le permet dans une certaine mesure en disposant qu'« en cas de divorce ou de séparation de corps, le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire » (art. 156 al. 1). Au surplus, la loi prévoit que « les conventions relatives aux effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps ne sont valables qu'après leur ratification par le juge » (art. 158 chiffre 5 CCS).

A la différence d'autres effets accessoires¹, le droit de visite peut faire l'objet de telles conventions. Celles-ci n'acquièrent toute leur valeur que par leur ratification par le juge. Jusque-là cependant, l'un des parents ne saurait dénoncer unilatéralement une telle convention. En effet, dit le Tribunal fédéral: « Jusqu'à la décision du juge, le contrat est en suspens, de la même façon qu'un contrat conclu par un mineur ou interdit capable de discernement est en suspens jusqu'au moment où le représentant légal (et, le cas échéant, l'autorité tutélaire) a donné ou refusé son approbation... Dans le cas de la convention de divorce, il y a cependant une différence; par l'approbation du juge cette convention n'acquiert pas le caractère d'un contrat privé mais participe à la force exécutoire du jugement; jusqu'à la ratification il n'en existe pas moins entre les parties un lien contractuel. »² Si l'un des intéressés estime que la convention ne se justifie plus, il « est libre de demander au juge de refuser sa ratification tout en lui exposant les motifs qui paraissent justifier ce refus. »² Selon le Tribunal fédéral, les motifs invoqués peuvent être de deux ordres. D'une part, ils peuvent consister en des circonstances qui existaient déjà lors de la conclusion de la convention: « pression exercée par l'une des parties sur l'autre, des charges ou des renonciations inéquitables, injustes ou consenties par suite d'ignorance des affaires et du droit et surtout l'atteinte aux intérêts des enfants »². Ils peuvent résulter d'autre part d'une modification de la situation, de la survenance « de faits nouveaux qui seraient de

¹ Ceux que le code règle lui-même de manière obligatoire. Ainsi, « la femme divorcée est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage, mais elle reprend le nom de famille qu'elle portait avant la célébration du mariage dissous », art. 149 al. 1. CCS. Le délai d'interdiction de remariage imposé par le juge à l'époux coupable ne peut pas, lui non plus, faire l'objet d'une convention (art. 150 CCS), pas plus que l'éducation religieuse de l'enfant (art. 277 al. 1 et 2 CCS). Il est également interdit de convenir qu'un juge déterminé sera compétent pour l'attribution des enfants (cf. Appellationshof, I Zivilkammer, 20.5.1919, in *ZBJV* 55 (1919) p. 524-526) ou que l'autorité tutélaire doit la régler (*RO* 47 II 15).

² ATF du 28.6.1934 (*RO* 60 II 169) in *JdT* 1935, p. 6 ss; cf. aussi Genève, Cour de justice civile, 27.5.1960, in *Sem. Jud.* 1961, p. 505-509.

nature à motiver une modification du jugement de divorce en vertu de l'article 157 CC, s'ils ne s'étaient produits qu'après le jugement »^{1 2}.

Si, en fait, la convention offre beaucoup d'avantages, elle présente aussi passablement de risques. C'est au juge qu'il appartient en dernier ressort d'en garantir le meilleur usage possible. L'examen de la convention est donc pour lui une tâche aussi délicate que l'organisation des relations personnelles par ses propres soins. Sans suspecter la sincérité, l'intelligence ni la bonne volonté des parents, le juge doit se demander chaque fois s'ils sont capables de discerner et d'accepter la solution la plus favorable pour l'enfant par-dessus leurs passions et leur égoïsme. S'il acquiert cette conviction, le juge peut alors ratifier la convention avec la certitude qu'elle garantit l'intérêt de l'enfant aussi bien sinon mieux que la réglementation dont il serait lui-même l'auteur.

Sans être exceptionnelles, de telles conventions ne sont pourtant pas très fréquentes. La plupart d'entre elles sont simplement calquées sur les nombreux exemples homologués précédemment, sans que soient approfondies les exigences du cas particulier. D'autres recèlent de véritables marchandages sous des apparences trompeuses, certains parents étant plus soucieux de leur profit ou de leurs aises que du tort qui en résultera pour l'enfant. Toute solution extrême doit en particulier éveiller la méfiance. Rares sont en effet les renonciations au droit de visite dues exclusivement au souci d'éviter à l'enfant les troubles provoqués par les visites³. Une limitation excessive de ce droit peut être échangée contre une pension dérisoire pour l'enfant par exemple. Au contraire, un droit de visite anormalement étendu peut correspondre à une pension très élevée. Ces « marchandages » sont parfois difficiles à déceler, les intéressés faisant preuve d'ingéniosité : Ennemis, ils divorcent, mais complices, ils s'entendent au détriment de l'enfant. De tels arrangements

¹ *Ibid.*

² Cf. HINDERLING, p. 143.

³ La question se pose d'ailleurs de savoir si l'on peut renoncer au droit de visite par convention. Beaucoup prétendent que cela est impossible. Dans la terminologie allemande par exemple, le terme d'« unverzichtbar » (inaliénable) qualifie fréquemment ce droit. Selon EGGER en particulier, une renonciation complète est inadmissible (Art. 156, N. 21 et 158, N. 14). Ce point de vue est discutable puisque dans certains cas, à vrai dire exceptionnels, on admet la suppression totale du droit de visite (cf. à ce propos un arrêt intéressant du Trib. sup. de Zurich du 21.1.1958, in *BIZR* 1959, N. 148). Aussi bien préférons-nous l'avis de GMÜR quand il écrit : Sans aucun doute y a-t-il dans le troisième alinéa de l'article 156 CCS une importante concession au sentiment parental de celui à qui l'enfant a été enlevé. D'une manière générale, en effet, ces relations sont propres à entretenir des sentiments partagés dans le cœur de ce dernier ; il souffrira d'autant plus des relations anormales de ses père et mère qu'on les lui rappellera plus souvent. Pour cette raison et sous réserve des articles 157 et 158, ch. 5 CCS, une renonciation conventionnelle aux relations personnelles semble-t-elle bien possible (GMÜR, Art. 156, N. 21).

En conclusion, la renonciation totale peut être admise, précisément parce que, étant donné l'article 157, elle n'aura jamais un caractère absolu.

révèlent une mentalité inquiétante et le juge en sera rendu d'autant plus circonspect dans l'organisation des relations personnelles dont il doit dès lors prendre seul l'initiative.

Certains auteurs voient dans la convention entre époux la solution la plus conforme aux intérêts de l'enfant. « Notre questionnaire a révélé que, dans la plupart des cas, les juges homologuaient les accords intervenus. C'est avec raison, car, le plus souvent, on doit admettre que les parents se font souci de prendre la meilleure décision possible (BIZR 1910 125) et qu'il y a souvent porte ouverte à des litiges stériles si le juge veut, contre un conjoint, corriger ¹ la convention au profit de l'autre... ² » Cependant, précise M. Picot, « les conventions relatives aux enfants devront être examinées avec particulièrement d'attention par le juge. S'il estime devoir les modifier ¹, il fera bien d'essayer de le faire avec l'accord des époux pour ne pas, méconnaissant des faits qu'il ignore, imposer une situation peut-être peu viable » ³.

D'autres par contre sont méfiants. Ils estiment que la convention ne devrait être ratifiée qu'avec la plus extrême prudence. Ainsi, après avoir étudié de nombreux cas et constaté les effets néfastes de plusieurs conventions, M. Bosshard ne peut se défendre de l'impression que les enfants ont parfois été « lâchés » par leurs parents à l'instar de n'importe quel bien mort ou pièce de bétail. La plupart voulaient obtenir ainsi une liquidation rapide du procès et éviter qu'un examen trop approfondi de la situation ne révèle des choses fort désagréables. Mais le devoir du juge est de protéger avant tout l'intérêt de l'enfant, que personne ne défend. Un autre fait ressort de ses investigations : Il faut malheureusement reconnaître, dit-il, que l'acceptation inconditionnelle des conventions de divorce se rencontre surtout dans les procès où il y a assistance judiciaire ! ⁴ Les conventions présentent un autre danger : Elles peuvent être un oreiller de paresse pour les juges surchargés. Or, l'homologation n'est pas une simple formalité, et en aucun cas le tribunal ne devrait ratifier une convention « les yeux fermés », comme cela se passe malheureusement encore ⁵.

Un point sur lequel chacun est d'accord est que la ratification de la convention est une condition *sine qua non* de sa validité. « Il en résulte qu'au fond ce n'est pas une convention de droit privé mais un chef de conclusion pris en commun par les deux parties; cette demande convenue entre les parties n'a aucune valeur en dehors du procès et le juge en fait l'objet de son jugement comme des autres conclusions... Cette convention perd dans tous les cas son

¹ Le juge peut-il « corriger » ou « modifier » la convention ? Voir plus loin, p. 88.

² PICOT, p. 77 a.

³ PICOT, p. 92 a.

⁴ BOSSHARD, p. 66 à 68; dans le même sens, HARTMANN, p. 39.

⁵ Selon THÜRER, in ZSR 1955, p. 665 a ss, « Jedenfalls soll kein Gericht Parteivereinbarungen über das Besuchsrecht blindlings genehmigen, wie das auch immer noch geschieht »; voir aussi I.-T. GYGAX, p. 13.

caractère de droit civil dès qu'elle est approuvée par le juge... ; elle devient alors partie intégrante du jugement dont elle partage la force exécutoire...¹ »

Les conventions sur les effets accessoires qui ont été cachées au juge ou dont le tribunal ne dit rien sont nulles. S'ils veulent qu'elles soient validées, les époux doivent demander un complément de jugement pour lequel le juge du divorce reste compétent².

Après la ratification judiciaire, la convention n'est plus considérée comme un contrat de droit privé : Elle est opposable aux parents au même titre que tout le jugement de divorce. Ce n'est donc plus elle, en tant que convention, mais le jugement lui-même qui pourra être attaqué et cela par les moyens de droit de la procédure applicable³. Si un désaccord surgit après la ratification quant à l'interprétation de la convention, c'est au juge du divorce qu'il appartient de trancher, car la convention a le sens qu'il lui avait donné lors de la ratification⁴.

Toujours après la ratification, la convention peut être modifiée comme n'importe quelle partie du jugement, selon A. Landolt, lorsque les éventualités de l'article 157 se réalisent⁵.

La distinction entre la demande de modification et la demande de complément de jugement ne dépend pas de la manière dont le demandeur qualifie son action, mais de l'effet qu'il recherche en l'introduisant⁶.

Une convention qui souffre d'un vice de volonté peut-elle être attaquée de ce fait après que le juge l'a ratifiée ? Les auteurs et la jurisprudence cités par M^{lle} Landolt l'affirment : La partie du jugement constituée par la convention homologuée ressemble beaucoup, de par son essence, au concordat judiciaire dont on sait, dit-elle, qu'il est annulable. Pas plus que le concordat, cette partie du jugement ne doit son origine à la volonté juridictionnelle, mais à un accord de droit privé passé entre les parties. Cet accord est créateur de

¹ ATF du 15.3.1934, in *JdT* 1934, p. 397 ss (RO 60 II 80). Ne faudrait-il pas plutôt dire que la convention homologuée *participe de l'autorité* du jugement, sans aller jusqu'à soutenir qu'elle en fait partie intégrante ? La convention, en effet, n'est pas, elle-même, un acte juridictionnel. Cette qualité n'appartient qu'à la décision de ratification — acte de juridiction gracieuse dans la plupart des cas.

² A ce propos, cf. EGGER, Art. 158, N. 16, où sont cités un arrêt du TF in *BIZR* 18, N. 38 et *SfZ* 21, 58 ; LANDOLT, p. 81 ; RO 81 II 313 ; RO 44 I 152 ; RO 47 II 373.

³ HINDERLING, p. 143-144 et références citées : RO 60 II 82 et 169 ; *SfZ* 52, 296 (Berne) ; *BIZR* 48, N. 66. « Elle (la convention ratifiée) ne peut plus être attaquée en nullité que dans les conditions et par les moyens que le droit de procédure prévoit pour attaquer les jugements ; c'est, dans la règle, la voie de la révision », ATF du 15.3.1934, in *JdT* 1934, p. 397 ss (RO 60 II 80). Cf. encore Tribunal supérieur argovien, 5.6.1959, in *Aarg. Ger. u. Verwalt.* 1959, p. 13-18 ; *BIZR* 27 (1928), N. 60.

⁴ Cf. Direction de justice du canton de Berne, 4.9.1923, in *MBVR* 21, N. 141 et *SfZ* 20 (1923-24), N. 182, p. 262.

⁵ A. LANDOLT, p. 80-81 et références citées.

⁶ RO 81 II 313.

droit en l'occurrence. La ratification par le juge n'y change rien, ce dernier ne pouvant qu'approuver la convention comme telle, sans en modifier le contenu. Ici non plus, l'action n'a pas besoin de tendre à une modification du jugement¹. Egger est du même avis: Malgré l'homologation, la convention reste un contrat et de ce fait l'invocation d'un vice de volonté est encore possible². Ce point de vue est contraire à celui du Tribunal fédéral pour qui « ... la convention réglant les effets accessoires... n'est ... pas un contrat de droit privé, mais un chef de conclusion... »³.

Si le juge estime ne pas pouvoir ratifier certaines dispositions de la convention, peut-il les modifier, ou doit-il rejeter la convention dans son ensemble? Lorsqu'il conteste par exemple l'opportunité d'une brève visite hebdomadaire convenue entre les parties, peut-il la remplacer par une rencontre mensuelle prolongée? Souhaitable sur le plan pratique, cette « initiative » du juge n'est pas conforme ou du moins n'était pas conforme à la jurisprudence du Tribunal fédéral pour qui une convention relative aux effets accessoires du divorce doit être ratifiée ou rejetée en bloc⁴. Tel est aussi l'avis de M^{lle} Landolt⁵ et d'Egger. Ce dernier précise pourtant que le juge insistera sur une conformation de la convention telle qu'il puisse l'homologuer dans sa totalité. Sinon il prononce son jugement en tenant compte de la convention dans la mesure du possible. (Egger renvoie à l'article 20 al. 2 du Code des obligations selon lequel si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, celles-ci « sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elle »). En d'autres termes, le juge peut inviter les parties à modifier la convention dans le sens où il l'entend, sinon il l'écarte et la remplace par son jugement. Ce n'est donc pas lui qui modifie la convention, du moins pas directement, mais les intéressés. C'est probablement ainsi qu'il faut comprendre M. Picot quand il parle du risque de litiges stériles là où « le juge veut, contre un conjoint, corriger la convention au profit de l'autre... »⁶, de même quand il dit: « ... S'il estime devoir les modifier, il fera bien d'essayer de le faire avec l'accord des époux pour ne pas, méconnaissant des faits qu'il ignore, imposer une situation peut être peu viable. »⁷

Actuellement, la situation juridique est la suivante: En principe, le juge doit accepter ou refuser la convention *in blocco*. A titre exceptionnel, il peut

¹ A. LANDOLT, p. 79-80.

² EGGER, Art. 158, N. 16. Dans le même sens, cf. aussi *BIZR* 43 (1944), N. 105.

³ ATF du 15.3.1934, in *JdT* 1934, I, p. 397 ss, résumé de tête (*RO* 60 II 80); dans le même sens, cf. Cour d'appel du canton de Berne, du 2.10.1955, in *SfZ* 52 (1956), N. 141.

⁴ *RO* 71 II 204. Le Tribunal supérieur argovien a jugé quant à lui que la question doit être tranchée selon l'importance du point litigieux par rapport à l'ensemble de la convention, in *Vierteljahresschrift für Aarg. Rechtsprechung*, 1944, p. 97.

⁵ P. 80.

⁶ PICOT, p. 77 a.

⁷ PICOT, p. 92 a.

cependant écarter une clause ou l'autre si, compte tenu de l'ensemble de la convention, il apparaît que les époux auraient voulu cette convention même amputée de la clause visée. Ceci est conforme non seulement à l'article 20 al. 2 CO, à la décision argovienne citée plus haut (note 4, p. 88) et à l'opinion d'Egger, mais encore aux arrêts les plus récents du Tribunal fédéral¹.

Passées après le jugement de divorce, les conventions entre les ex-conjoints doivent remplir certaines conditions que le Tribunal fédéral a précisées par étapes. Dans un arrêt du 29 mars 1926, il déclarait que de telles conventions, contrairement à celles passées avant la dissolution du mariage, n'ont pas besoin d'être homologuées. Il motivait cette distinction « par la considération que s'il importe d'éviter que l'un des conjoints puisse tirer parti du règlement des effets accessoires du divorce pour obtenir des avantages sur la question même du divorce, au risque de méconnaître les intérêts véritables des enfants, ce danger n'est plus à craindre dès l'instant où les parties ont cessé d'être liées par les liens du mariage...² » Une dizaine d'années plus tard, le Tribunal fédéral apportait la restriction suivante en jugeant « que la ratification judiciaire des conventions relatives aux effets accessoires du divorce n'est pas nécessaire si elles sont conclues après le jugement prononçant le divorce. Mais cette règle ne s'applique qu'aux conventions relatives aux effets économiques du divorce. Les conventions qui modifient sur des points importants les mesures prises par le juge en ce qui concerne la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants ont toujours besoin pour leur validité de la ratification du juge.³ » Cette précision est toutefois très relative : Que doit-on entendre par modification « sur des points importants » ? Il s'agit d'un élément qu'il faut apprécier dans chaque cas particulier. Mais qui le fera, si personne ne soumet cette convention au juge, le point modifié n'étant pas considéré comme important par les intéressés ? En outre, chaque modification des relations personnelles par convention subséquente — même limitée à des points peu importants — constitue une modification du jugement de divorce. On vient de voir en effet que la convention participe de l'autorité du jugement. Elle en fait même partie intégrante selon le Tribunal fédéral. Dans ces conditions, toute convention postérieure au jugement entre dans le champ d'application de l'article 157 CCS relatif à la modification du jugement. C'est ce qui permet à M. Picot de déclarer : « Lorsqu'il s'agit de modifications de questions réglées en vertu des articles 156 et 157 l'homologation du juge est exigée implicitement par le texte de l'article 157...

¹ Cf. par exemple RO 81 II 591 : « Ein blosser Teil einer Vereinbarung, den die Parteien ohne den Rest nicht gewollt hätten, ist für den Fall der Verwerfung dieses Restes gar nicht vereinbart, »

² ATF du 29 mars 1926, in *Sem. Jud.* 1926, p. 417 ss.

³ ATF du 22.9.1935, in *Sem. Jud.* 1936, p. 257 ss (résumé de tête), ou RO 61 II 225, *JdT* 1936, I, 446.

Ce n'est que lorsqu'il s'agit des dispositions des articles 151 à 153 qu'on peut admettre de la part du bénéficiaire d'un avantage une renonciation à cet avantage sans recours au juge.¹ »

La question est évidemment délicate ! En somme, par nature, le sort des enfants n'appartient pas au domaine des conventions. Il n'a rien de commun avec le problème des prétentions pécuniaires des époux. Si l'on admet qu'une convention au sens de l'article 158 ch. 5 CCS porte des clauses relatives aux enfants, c'est en partie par commodité et en partie parce que l'homologation obligatoire paraît offrir une garantie suffisante. Le divorce acquis, il convient de faire retour au principe général selon lequel la puissance paternelle (et ses démembrements) est un domaine du droit où l'autonomie de la volonté n'a que faire. Il faut observer à ce propos qu'il n'est pas loisible non plus à des parents non divorcés de passer des conventions qui augmenteraient ou restreindraient les droits de l'un ou de l'autre d'entre eux. Le concours d'une autorité est donc indispensable.

Même s'ils ne le disent pas expressément, les § 75 EheG et 1634 BGB révèlent qu'en Allemagne la convention est le mode essentiel de réglementation du droit aux relations personnelles, théoriquement au moins. Ces deux dispositions précisent en effet que — contrairement au tribunal suisse qui « doit » toujours le faire — le tribunal de tutelle allemand « peut » régler cette question². Autrement dit, il ne le fait que dans certains cas, l'initiative de la réglementation étant laissée aux intéressés, et tout d'abord au gardien de l'enfant³. Si la réglementation du gardien ne donne pas satisfaction, si elle viole les droits du parent privé de l'enfant, une modification peut lui être demandée.

L'accord des parents n'empêche pas le tribunal de tutelle d'intervenir d'office lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige³. Son intervention peut aussi être sollicitée par l'une des parties en cas d'abus de l'autre, de contestation relative à l'existence même du droit ou aux effets de la convention⁴. Le tribunal de tutelle peut non seulement modifier les dispositions qu'il avait prévues lui-même, mais aussi remplacer d'office la réglementation conventionnelle⁵.

¹ PICOT, p. 93 a. A ce propos, H. HINDERLING relève (p. 144) que la *ratio legis* de l'article 158, ch. 5, trouve ici toute sa valeur, même après l'entrée en force du jugement, du fait que ce n'est plus l'intérêt des parents qui joue le premier rôle, mais qu'il est question de l'intérêt des enfants. Cependant, pour éviter aux parties la nécessité d'un nouveau procès, le Tribunal fédéral a déclaré que le concours du tuteur et des autorités de tutelle selon l'art. 282 CCS suffisait. Dans ce sens, H. HINDERLING cite RO 61 II 227 et 69 II 70.

² « ... Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. »

³ C'est lui en effet qui, en principe et à défaut de convention, organise les relations personnelles de l'enfant dont il a la garde. Cf. HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, 4 A ; PALANDT, § 1634, N. 3.

⁴ Cf. SOERGEL, § 75 EheG, 2 *in fine* et 6.

⁵ OLG Karlsruhe, 11.4.1957, in *Zentralblatt*. 1957, p. 247-248.

Cependant, précise la jurisprudence, il ne le fera que dans la mesure où le bien de l'enfant ou l'exécution du droit de visite l'exige¹.

Les auteurs et les juges allemands sont en principe tous opposés à une révocation unilatérale de la convention. Les avis divergent cependant lorsque cette mesure serait motivée par le bien de l'enfant².

En France, une organisation conventionnelle du droit de visite est possible dans la mesure où les parents séparés (au sens large) ne vivent pas dans une totale mésintelligence ou, lorsque, malgré leur haine tenace, ils préfèrent cette procédure aux frais élevés et aux ennuis d'un procès. Dans le premier cas, l'accord se réalise « au jour le jour, au fur et à mesure des circonstances »³, dans le second, il prend une forme mieux définie, un caractère plus durable⁴.

Mais dès que surgit un conflit et que le juge est interpellé, la validité de tels pactes⁵ est mise en question. Or, la réponse est catégorique : « toute convention concernant l'exercice de la puissance paternelle est nulle en droit français, car il s'agit d'une matière d'ordre public, que cette convention soit passée entre le père et la mère eux-mêmes ou avec un tiers »⁶. Cependant, la rigueur des principes légaux est fréquemment et utilement tempérée par la pratique judiciaire (dont plusieurs auteurs soulignent l'importance et l'opportunité)⁷ : « La contestation étant ... portée en justice, le juge peut décider, si tel est l'intérêt de l'enfant, que la convention restera en vigueur ou qu'il convient de revenir aux conditions fixées dans l'ordonnance de non-conciliation. »⁸

Ainsi, frappée en principe de nullité absolue, la convention relative aux droits de garde et de visite n'en connaît pas moins en France une popularité certaine. En y recourant, les intéressés mesurent l'avantage qu'ils ont à s'entendre directement, et à observer le statut relativement souple de la convention, plus souple certainement qu'une réglementation judiciaire.

L'intervention du juge qui peut confirmer les dispositions conventionnelles favorables à l'intérêt de l'enfant rappelle à certains égards l'homologation obligatoire du droit suisse ou la réglementation « de plus près » du

¹ *Ibid.*

² Cf. OLG Karlsruhe, 2.1.1959, in *FamRZ* 1959, p. 70-71, et références citées dans cet arrêt; OLG Karlsruhe, 11.4.1957, in *Zentralblatt*. 1957, p. 247-248; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, 4 A; SOERGEL, § 75 EheG, N. 6; PALANDT, § 1634 BGB, N. 3. Voir aussi à ce sujet le point de vue intéressant de RIEDEL, p. 90.

³ GUIHO, N. 20.

⁴ Un protocole de ce genre figure dans un jugement du Tribunal civil de la Seine, 17.1.1957, in *Rec. Dalloz* 1957, J. p. 140-142.

⁵ « Si on les qualifie volontiers de pactes dans l'usage, c'est justement pour suggérer qu'ils se situent plutôt dans la sphère des promesses morales que dans celle du droit », CARBONNIER, N. 142 (il s'agit ici des pactes de séparation amiable).

⁶ COLIN-CAPITANT-JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, tome I, N. 1547.

⁷ PLANIOL et RIPERT (I), N. 1880; AUBRY et RAU, § 481, N. 218. Quant à GUIHO, pour différents motifs, il s'oppose à la validité de telles conventions, N. 21.

⁸ Montpellier, 26.11.1953, résumé in *Gaz. Pal.* 1954, I, table anal., p. 89, N. 24.

§ 1634 BGB. Quelque peu formaliste peut-être, le système suisse semble ici protéger mieux les intérêts de l'enfant. En effet, si les parents allemands ou français s'entendent au détriment de l'enfant, il est difficile au tribunal de tutelle allemand ou au juge français d'intervenir assez tôt pour le protéger. Et attendre que l'un ou l'autre des parents, ou un tiers, sollicite l'intervention de cette autorité ne va pas sans risques. On connaît en effet la réserve (sinon la méfiance) dont fait preuve le justiciable quand il s'agit d'entreprendre une démarche de ce genre. Et cela d'autant plus quand il a quelque raison de craindre que l'intervention du juge ne ménagera pas autant que la convention les avantages qu'il s'était réservés jusqu'alors.

§ 3. LE CONCOURS D'EXPERTS

Après avoir souligné qu'en droit suisse, il appartient en principe au juge du divorce de réglementer le droit de visite, il convient de rechercher dans quelle mesure ce juge peut ou doit s'entourer de collaborations pour mener à bien sa mission délicate.

Dans le cas du divorce et de la séparation de corps, le Code civil suisse donne peu de précisions : « ... le juge prend les mesures nécessaires concernant l'exercice de la puissance paternelle et les relations personnelles entre parents et enfants, après avoir entendu les père et mère et, au besoin, l'autorité tutélaire » (art. 156 al. 1). Si la compétence de régler le droit de visite est en principe refusée à l'autorité tutélaire, son audition, par contre, c'est-à-dire sans risque de forcer le texte légal, sa collaboration, est prévue par la loi, à condition cependant qu'elle réponde à un besoin. Seule l'audition des parents est imposée au juge.

Le juge peut donc prendre toute décision concernant les relations personnelles, et plus généralement la puissance paternelle, sans en référer à l'autorité tutélaire. En effet, si l'on admet que cette audition est nécessaire et obligatoire en cas de besoin, la notion même de besoin est soumise au pouvoir d'appréciation du juge¹. On peut dès lors se demander dans quelle mesure le juge recourt à cette collaboration et si le législateur n'aurait pas dû la rendre obligatoire chaque fois que le sort d'enfants est en jeu.

Il est difficile de donner une réponse ayant valeur générale à la première question. Certains auteurs, médecins, éducateurs et juristes estiment ou estimaient que le juge ne recourt que trop rarement ou trop tardivement à cette collaboration². D'autres soulignent une évolution positive des rapports

¹ Notons cependant que le Tribunal fédéral, dans un arrêt ancien (RO 40 II 310, c. 4), fait un devoir au juge de consulter l'autorité tutélaire lorsque l'instruction est incomplète.

² Cf. BIEDERMANN (I), p. 51 ; BOSSHARD, p. 63, 66-67, 72, 73 ; EGGER (II), p. 417 ; HAFETER (I), p. 61-62 ; D'OKOLSKI, p. 516 ; PFEIFFER, p. 224-225 ; BIEDERMANN (II), p. 48.

entre les tribunaux et l'autorité tutélaire ¹. La vérité est que leur collaboration marque des progrès réjouissants; elle demeure pourtant insuffisante et il faut souhaiter qu'elle s'améliore encore et s'intensifie ².

Parmi les motifs invoqués contre la collaboration de l'autorité tutélaire, certains relèvent du préjugé; d'autres, valables, ne disparaîtront qu'avec leurs causes. Au nombre des premiers, il y a certainement une réticence, consciente ou non, à collaborer avec des auxiliaires qui ne sont pas juristes à la solution de problèmes que d'aucuns persistent à considérer comme essentiellement juridiques. Ce point de vue est contraire à la réalité: En effet, les questions de droit que le juge doit trancher n'ont ici qu'une importance relative. Et le problème juridique ne saurait être résolu correctement si le juge a une connaissance insuffisante des autres aspects de la situation.

Un second préjugé contre cette collaboration peut provenir d'un respect absolu du principe de la séparation des pouvoirs mêlé à la crainte de voir le juge tomber dans une certaine dépendance à l'égard des rapports et des conclusions des spécialistes extra-judiciaires. Cet argument n'est pas pertinent non plus. Si des rapports et des expertises sont demandés, c'est précisément pour éclairer le juge et lui permettre de statuer en parfaite connaissance de cause, comme c'est le cas dans bien d'autres domaines du droit. Ce n'est donc pas d'influence ou de confusion de pouvoirs, mais de documentation et d'information qu'il faut parler. Le principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du juge sont saufs puisqu'en dernier ressort c'est au juge qu'il appartient de décider lui-même dans les limites de son pouvoir d'appréciation ³. Dans ces deux cas, c'est d'une opposition au principe même de la collaboration qu'il s'agit. Non seulement les motifs invoqués ne sont pas convaincants, mais ce refus est illégal puisque le Code civil prévoit expressément cette collaboration sous forme d'audition en cas de besoin. Or, refuser toute collaboration par principe revient à n'en jamais reconnaître le besoin.

Des expériences négatives peuvent également retenir le juge sur la voie de la collaboration: Les renseignements demandés à une autorité tutélaire ont fait l'objet d'une enquête peu consciencieuse, hâtive ou superficielle; des indiscretions, des maladresses ont été commises; la subjectivité de l'enquêteur a déformé la réalité, etc. La méfiance du juge qui préfère se contenter désormais des renseignements qu'il recueille lui-même peut paraître

¹ R. DES GOUTTES, in *FJS*, N. 528, p. 8, litt. h.

² I.-T. GYGAX, p. 13-14.

³ Ce que M. CHAZAL exprime en ces termes à propos du juge des enfants du droit français: « Le juge des enfants ne doit jamais perdre de vue qu'il est un juge, autrement dit un arbitre, et non un technicien des sciences humaines. Il est primordial qu'il ne se substitue ni au médecin, ni au psychologue, ni au travailleur social dont le concours quasiment constant lui est rigoureusement indispensable. Il est non moins essentiel qu'il ne permette pas à ceux-ci de se substituer à lui... », in *Gaz. Pal.* 1959, II, Doctrine, p. 62.

justifiée¹. Une enquête malheureuse ne devrait pourtant pas l'amener à renoncer à toute coopération future, ni non plus accréditer la légende selon laquelle les assistants sociaux et les autorités tutélaires ne font pas du travail sérieux; qu'ils n'ont pas les capacités requises pour constituer un dossier et faire au juge des propositions valables². Ces expériences désagréables devraient plutôt conduire à l'exigence d'une meilleure préparation des personnes chargées de ce travail, et on ne peut qu'approuver M. le juge Barde quand il insiste « ... sur la nécessité pour les cantons de veiller à l'excellente qualité, tant morale qu'intellectuelle, et à la bonne formation professionnelle du personnel des services chargés de la protection et de la surveillance de l'enfance. Souvent le rapport du Service de la protection des mineurs, de l'Office des mineurs, sera le seul élément d'appréciation dont disposera le juge en dehors des propres dires des parties, au moment de statuer sur la garde des enfants pendant le procès en divorce. C'est dire l'importance qu'il y a à ce qu'un tel rapport présente toute garantie d'impartialité, qu'il soit établi par une personne aimant les enfants, au courant de leurs besoins et, par ailleurs, douée d'esprit critique et capable, au cours de l'enquête qu'elle doit mener, de distinguer dans les propos qu'elle recueille le vrai du faux. »³

Le juge peut aussi renoncer à la collaboration de l'autorité tutélaire ou de l'Office des mineurs à cause du temps parfois très long qui sépare sa demande de l'obtention des renseignements nécessaires. Il s'agit là encore de difficultés pratiques variant d'un canton et d'une ville à l'autre. Il est des Offices de mineurs équipés pour accomplir rapidement et soigneusement les missions qui leur sont confiées, il en est d'autres fort dépourvus et à l'égard desquels le juge doit faire preuve de patience. Si le retard est systématique, on comprend que le juge se lasse et renonce à cette collaboration. Il n'en est pas moins regrettable, comme le disent MM. Mazeaud à propos de l'enquête sociale, « que, dans les grands centres, le président, tenant compte des charges considérables des services sociaux, n'ordonnent qu'exceptionnellement cette

¹ On rejoint ici un des motifs invoqués en faveur de la compétence judiciaire exclusive en matière d'effets accessoires (cf. ci-dessus, p. 61 ss).

² Il n'est pas plus possible à un assistant social, aussi qualifié soit-il, de mener toujours parfaitement son enquête et de faire des propositions idéales qu'à un juge de prendre toujours une décision judicieuse. Nous n'en voulons pour preuve que cette révélation du D^r HAFSTER : « Der Umstand, dass sich ein Viertel aller Zuteilungen nachträglich als Fehlentscheide herausstellten, ruft nach einer differenzierteren Abklärung der Eignung der Eltern und der Stellung der Kinder zu ihnen. Diese Abklärung ist Sache der Vormundschaftsbehörde... » (I), p. 61-62.

³ E. BARDE, p. 471 a. Les qualités requises sont évidemment les mêmes, qu'il s'agisse d'une enquête en vue de confier la garde provisoirement, définitivement, ou d'organiser les relations personnelles. Il faut savoir gré au juge Barde d'insister sur les qualités morales également de l'assistant(e) social(e), dont tout le crédit serait ruiné s'il menait une vie critique en dehors de ses fonctions officielles.

mesure... »¹. Il faut donc que les autorités responsables veillent non seulement à la qualité mais aussi à la quantité du personnel spécialisé afin qu'il ne soit pas débordé, qu'il puisse en particulier conduire chaque enquête sérieusement et dans des délais raisonnables, le retard pouvant également nuire aux intérêts de l'enfant.

A la question de savoir si le législateur aurait dû rendre obligatoire le recours à la collaboration de l'autorité tutélaire et solliciter son préavis chaque fois que le sort d'un enfant est en jeu (ne serait-ce que pour le fait que bien souvent déjà cette autorité possède de précieux renseignements relatifs aux parents et aux enfants impliqués dans le divorce), il n'est pas facile non plus de donner une réponse catégorique. A coup sûr, cette collaboration aurait dû être légalement imposée si nos autorités de tutelle avaient été organisées de manière uniforme et efficace dans tout le pays². Mais nous avons déjà dit que tel n'est pas le cas. L'organisation de ces autorités est laissée à la compétence des cantons, le législateur fédéral ayant renoncé « à régler d'une manière uniforme toutes les questions qui se posaient et en réservant au droit cantonal de nombreux points importants. La matière de la tutelle occupe une zone intermédiaire entre le droit privé et le droit public; de ce fait, elle est liée dans une large mesure à des institutions spécifiquement cantonales... Etant données ces nombreuses concessions au droit cantonal et le caractère éminemment administratif de ces matières, il ne faut pas s'étonner que la réglementation de la tutelle occupe dans les lois cantonales d'application une place très étendue... Les cantons présentent à ce sujet la plus grande diversité, notamment quant à la désignation de l'autorité tutélaire. Dans certains cantons, ceux de la Suisse française, c'est un organe judiciaire (la plupart du temps la justice de paix); dans d'autres, c'est un organe administratif, à savoir le plus souvent une autorité communale (conseil communal ou chambre pupillaire); dans un petit nombre de cantons c'est une autorité d'arrondissement ou de district; dans les deux cantons-villes, une autorité cantonale...³ »

On a donc en Suisse des organes tutélaires différents d'un canton à l'autre, sinon à l'intérieur même des cantons. Leur qualité et leur efficacité sont aussi fort variables. Il serait insensé dans ces conditions de vouloir imposer la collaboration de l'autorité tutélaire à tous les juges de divorce. Ce serait même dangereux pour l'enfant lorsque, faute de moyens, l'instruction menée par cette autorité se résumerait à un bref tête à tête avec l'un des parents, cette parodie d'enquête étant déterminante pour la décision judiciaire. Un autre

¹ In *Leçons de droit civil*, N. 1464.

² Question abordée ci-dessus dans le paragraphe relatif à la répartition des compétences, le problème est repris ici plus en détail.

³ TUOR, p. 253-255.

danger consiste en ce que, surchargé de travail, le juge fasse un oreiller de paresse de son obligation de collaborer avec l'autorité tutélaire.

Pendant, on a vu combien la complexité des problèmes à résoudre parle en faveur de cette collaboration. Si elle avait été imposée par le Code civil en même temps que des exigences minimum concernant l'organisation des autorités tutélaires, cette collaboration si utile à la protection des intérêts de l'enfant aurait peut-être été obtenue il y a longtemps déjà. Il ne s'agit pas là de spéculations gratuites puisque, dans leurs lois d'introduction au Code civil, certains cantons ont su imposer une forme de collaboration entre le tribunal et l'autorité tutélaire, et que ces cantons représentent aussi bien les villes que les campagnes. A Bâle-Ville en particulier, chaque fois qu'il faut régler les droits des parents, y compris les questions relatives au droit de visite, le tribunal doit en informer l'autorité tutélaire. Celle-ci a qualité pour représenter les intérêts de l'enfant au procès et pour prendre des conclusions ¹.

La désignation de l'autorité tutélaire à l'article 156 CCS n'est pas exclusive. Le juge ayant le droit et le devoir d'éclaircir au mieux toutes les circonstances relatives aux problèmes qu'il doit résoudre, il est normal qu'il puisse utiliser tous les moyens qu'il estime nécessaires, toutes les sources d'information utiles, même si elles ne sont pas prévues *expressis verbis* par la loi. Si le CCS ne mentionne que l'audition des parents et, au besoin, celle de l'autorité tutélaire, c'est vraisemblablement parce que, lors de sa promulgation, il n'y avait pas d'autres services spécialisés dans la protection de l'enfant, ou qu'ils étaient encore insuffisamment connus et organisés. Il est normal que les tribunaux se tournent de plus en plus vers de tels services ². Fréquemment en effet, les familles qui se disloquent leur sont déjà connues. En outre, grâce à leur personnel spécialement formé sur les plans de l'assistance sociale, de la pédagogie et du droit, ils sont à même de s'acquitter des tâches difficiles que le juge leur confie et de lui apporter ainsi l'aide nécessaire. Cette aide

¹ Cf. HAUSER (III), p. 265, qui ajoute: « Bei uns im Kanton Zürich ist der Richter frei, ob er die Vormundschaftsbehörde « anhören » will. Leider machen unsere Gerichte nur wenig Gebrauch von dieser Möglichkeit. »

Le § 34 de la loi uranaise d'introduction au CCS dispose: « In jedem Scheidungsprozess, in dem die Zuteilung minderjähriger Kinder in Frage kommt, hat die Vormundschaftsbehörde von Amtes wegen, auch ohne besondere Aufforderung des Gerichtes, Erkundigungen über die häuslichen Verhältnisse und die bisherige Erziehung der Kinder einzuziehen und darüber dem Gericht Bericht zu erstatten. Der Gerichtspräsident soll seinerseits in jedem derartigen Scheidungsfalle der Vormundschaftsbehörde unverzüglich eine Anzeige zukommen lassen. »

L'article 38 de la loi appenzelloise (A. Rh.) d'introduction au CCS prévoit elle aussi une collaboration poussée entre le juge et l'autorité tutélaire.

La loi saint-galloise dispose que « dans la règle » un rapport de l'autorité tutélaire doit être exigé.

² Office des mineurs, Service de protection de l'enfance en Suisse romande, Bezirksjugendsekretariat en Suisse allemande.

est d'autant plus justifiée que l'autorité tutélaire chargée d'une enquête en confie parfois le soin à l'un de ces services quand elle n'est pas équipée pour y procéder elle-même¹.

Quant aux expertises médicales, nulle part le CCS n'impose au juge l'obligation d'y recourir, sinon en cas de divorce pour maladie mentale (art. 141). Il est d'ailleurs étonnant à ce propos que l'avis d'experts ne soit pas requis aussi pour régler le droit aux relations personnelles ensuite d'un tel divorce². Le silence de la loi — exception faite de l'article 141 — n'interdit pas au juge de solliciter semblable expertise lorsqu'elle lui paraît nécessaire à l'accomplissement de sa tâche.

Lorsque le tribunal requiert une expertise comptable ou chimique (en droit commercial ou pénal, par exemple), les juges basent généralement leur décision sur le rapport qui leur est fourni. Tel n'est pas toujours le cas des expertises médicales relatives au droit de visite. Si le plus souvent le juge tient compte des prescriptions relatives à la santé physique de l'enfant, limiteraient-elles le droit de visite, les exigences du psychiatre ou du psychologue n'ont pas toujours la même autorité³. La médecine « physique » bénéficie d'un caractère « scientifique » qu'on hésite à reconnaître à la psychiatrie. Cette dernière, comme la psychologie et la pédagogie, est considérée par certains comme une « pseudo-science » qui n'autorise pas le juge à prophétiser, en l'occurrence à dire ce que sera l'intérêt de l'enfant⁴. S'il est vrai qu'on ne peut ranger ces spécialités parmi les sciences dites exactes, telles les mathématiques, tout ce qui touche à l'humain s'y refusant, on peut cependant les compter parmi les « sciences humaines », comme le droit ou la politique. Et si l'on doit reconnaître que les conclusions des psychiatres ne concordent pas toujours, le doute qui subsiste ne devrait pas nécessairement profiter au parent qui exige le respect de son droit de visite, mais à l'enfant disputé. Ses révoltes et ses déchirements, parfois imperceptibles à l'œil du juge et étrangers aux préoccupations de la science juridique, lui causeront un dommage égal sinon plus grand qu'une maladie dûment diagnostiquée et pour laquelle on ne discute pas le traitement prescrit.

De nombreux juristes, et parmi les plus éminents, les médecins et les spécialistes des problèmes de l'enfance insistent sur cet aspect de la protection

¹ A ce propos, cf. EGGER (II), p. 418.

² Dans ce cas, le Tribunal supérieur zuricois demande la collaboration d'un psychiatre pour enfants: « Bei Scheidung wegen Geisteskrankheit verlangt das zürcherische Obergericht zur Regelung des Besuchsrechtes des kranken Elternteils den Beizug eines Psychiaters, wenn möglich des Kinderpsychiaters... », SAMELI, p. 98, qui cite *BIZR* 43 (1944), N. 148.

³ « ... Leider hält hier die Rechtsprechung mit den Forderungen der Psychiater und Pädagogen nicht Schritt... Der Rechtsanspruch der Eltern wird, oft zum Nachteil des Kindes, sehr weitgehend geschützt... » SAMELI, p. 88.

⁴ Cf. ci-dessus, p. 43-44.

de l'enfant et sur la nécessité d'une étroite collaboration entre le juge et le médecin, le psychiatre en particulier¹. Cette collaboration est un impérieux besoin à une époque où la famille se désagrège de plus en plus, où les divorces augmentent, où les enfants disputés ou abandonnés moralement abondent et où les juges sont débordés de travail. Elle s'impose d'autant plus qu'elle est un des moyens les plus efficaces de déceler les causes de certains troubles profonds et d'atténuer dans une notable mesure les conséquences de ces cruelles tragédies. La spécialisation à outrance qui caractérise bientôt tous les secteurs de notre civilisation — et dont l'une des causes en même temps que l'un des effets est un matérialisme effréné, générateur précisément de cette perte d'intérêt et de sollicitude dont souffre la famille et la vie familiale — devrait aussi se manifester positivement par l'utilisation des méthodes et techniques nouvelles et valablement éprouvées dans l'intérêt de l'enfant.

Nul ne conteste que la plupart des juges aient une grande expérience de ces problèmes et apportent un soin évident à les résoudre. Mais à longue échéance et dans des domaines qui échappent à la science juridique, les juges ne devraient pas oublier que les médecins, les psychiatres en particulier, peuvent mieux qu'eux-mêmes déceler certains risques de troubles profonds chez l'enfant. Et comme l'intérêt de celui-ci est prépondérant, les conclusions du psychiatre devraient être plus déterminantes pour le juge et sa collaboration plus fréquemment requise. Cela d'autant plus que les connaissances de ce médecin expérimenté ne se limitent pas à sa spécialité. Il sait ainsi qu'il doit compter avec certaines exigences légales, en particulier en matière de droit de visite. Il serait donc faux de croire que son « verdict », favorable à l'intérêt de l'enfant est nécessairement défavorable au « visiteur ». On est même étonné de voir combien les apparences sont parfois trompeuses et à quel point la solution proposée par le psychiatre peut différer de celle que le bon sens ou même la logique serait tenté de donner. L'importance de la question justifie qu'on en donne un exemple circonstancié.

¹ Pour s'acquitter de sa mission, le juge sera aidé « ... par les conseils et les avis autorisés que lui prodigueront les services sociaux placés près des tribunaux. Il disposera également des solutions déjà dégagées par la pédagogie nouvelle et par la psychopédagogie », M. DONNIER, p. 180. « A travers ce drame, juges, médecins, services sociaux doivent trouver un intérêt passionné à la recherche d'un dénouement sauveur... », R. SAVATIER, in *L'enfant disputé*, p. 992. « ... Unsere Darstellungen haben gezeigt, dass in viel weiterem Umfang als bisher solche Experten herangezogen werden müssen, wenn Fehlentscheide vermieden werden sollen », HAFTER, p. 170. « Auch die Vormundschaftsbehörde wird in einer Reihe von Fällen mit ihren Mitteln nicht zu einer genügenden Abklärung gelangen können und dann die Mitwirkung des Kinderpsychiaters beanspruchen müssen. Wir glauben gezeigt zu haben dass jeder Schematismus (der in der Frage der Zuteilung berechtigt ist) beim Besuchsrecht fehl am Platze wäre », HAFTER, p. 79-80. Cf. aussi HOERNI, p. 447; LUTZ, in *RSUP* 1937, p. 51; SAMELI, p. 98, 99; D. SCHMIDT, p. 41.

Ensuite du divorce de ses parents, Jacques, âgé de sept ans, est confié aux soins de ses grands-parents paternels. La mère n'exerce tout d'abord pas son droit de visite, la grand-mère y mettant obstacle. Puis, remariée, elle exige de voir son fils et elle saisit le juge de l'impossibilité où elle est de le faire. Parmi les motifs que la grand-mère invoque pour interdire à la mère d'exercer son droit de visite, il y a le fait que celle-ci a abandonné son foyer, qu'elle a manifesté peu d'intérêt pour son enfant pendant une longue période et qu'après son divorce elle a mené une vie sociale et affective peu adéquate. Mais elle fait essentiellement valoir la fragilité de l'enfant, âgé maintenant d'une dizaine d'années, son émotivité, sa difficulté d'adaptation à l'école, que des contacts malvenus avec sa mère pourraient encore aggraver ; cela d'autant plus qu'après des entrevues imprévisibles avec cette dernière à la sortie de l'école, l'enfant est rentré chez ses grands-parents plus angoissé et agité que jamais et s'est montré plus inadapté encore en classe.

Quant à la mère de l'enfant, c'est à la suite de nombreuses infidélités de son mari qu'elle a quitté le foyer. Si elle a mené par la suite une vie peu régulière, elle s'est maintenant stabilisée. Remariée, elle offre actuellement des garanties suffisantes pour exercer son droit de visite. C'est à cause de l'opposition de la grand-mère qu'elle a usé de subterfuges pour voir son fils à la sortie de l'école. Lors de ces brèves rencontres, l'enfant se serait jeté dans ses bras et lui aurait dit que s'il ne la suivait pas, c'était en raison de l'interdiction de sa grand-mère.

De son côté, l'enfant a été passablement ébranlé par les conflits qui ont éclaté à propos du droit de visite. Chez ses grands-parents, Jacques manifeste des sentiments hostiles à sa mère et dit son refus d'aller en visite chez elle, ce qui représenterait pour lui une corvée angoissante. Apparemment donc, c'est davantage lui que son entourage qui refuse la soumission au droit de visite.

Au cours des entretiens qu'il a avec l'enfant, le psychiatre découvre une forte ambivalence à l'égard de ses deux parents, — ce qui est fréquent chez les enfants de parents divorcés — et une grande nostalgie d'un foyer uni, qui n'efface cependant pas le souvenir précis des conflits entre parents qui l'ont souvent terrifié. Au premier abord, Jacques déclare, et il le répète par la suite, qu'il n'aime pas sa mère en raison de son abandon et qu'il ne veut plus avoir de contacts avec elle. Tout en reconnaissant la situation difficile dans laquelle pourraient le mettre ses visites à sa mère vis-à-vis de ses grands-parents et plus particulièrement de sa grand-mère, il revendique la spontanéité de son refus de maintenir des relations personnelles.

Une investigation psychiatrique plus profonde révèle pourtant une grande dépendance de l'enfant à l'égard de l'image maternelle, à laquelle se substitue momentanément celle de la grand-mère. Il est évident que Jacques a été très marqué par l'abandon de sa mère, et s'il refuse maintenant de s'en approcher,

c'est par crainte d'en être à nouveau abandonné ou de s'aliéner l'affection de sa grand-mère dont il est conscient de l'hostilité à sa mère. Il souffre donc d'une anxiété profonde face à ce droit de visite, et son seul effort tend à ne pas compromettre la sécurité qu'il trouve chez sa grand-mère. Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que Jacques cherche à simplifier le problème en éliminant une des parties.

Il semblerait logique d'adopter la solution la plus simple, celle que la grand-mère a choisie. Il ne faut toutefois pas oublier que tout enfant abandonné définitivement par sa mère en conçoit un profond sentiment d'angoisse, de dévalorisation, de culpabilité, qui peut aboutir à de graves inadaptations sur les plans affectif et social. La reprise des relations avec la mère pourrait relativiser cet abandon et ses conséquences, et il semble que cela vaille le prix de quelques difficultés et en particulier de l'anxiété qui surgiront momentanément, mais permettront à l'enfant d'acquérir plus sûrement sa maturité affective et de s'adapter socialement. La reprise des relations personnelles devrait s'effectuer en dehors de tout climat hostile pour que Jacques puisse se stabiliser et trouver sa sécurité intérieure.

Soucieuses toutes deux de la santé et de l'équilibre de l'enfant, la mère et la grand-mère devraient pouvoir collaborer à une telle solution en évitant toute manifestation de leur hostilité réciproque, l'angoisse de l'enfant à revoir sa mère étant fonction, on l'a vu, de l'hostilité de la grand-mère. L'expérience montre que l'enfant de parents divorcés peut ressentir un certain ennui ou manifester une certaine indifférence pour les visites du parent dont il vit séparé. Par contre, s'il manifeste de l'anxiété, elle résulte régulièrement de l'hostilité, exprimée ou non, des ex-conjoints, dont l'enfant a conscience.

Pratiquement, il faut donc éviter que les rencontres aient lieu dans une atmosphère d'animosité et que l'enfant ne passe tous ses week-ends chez l'un et l'autre de ses parents, car il a besoin de ses loisirs pour se reposer. La limitation de la fréquence, qui emporte une limitation de l'étendue du droit initialement prévu par le tribunal, sera compensée par un droit de séjour. Celui-ci permettra aussi d'établir entre Jacques et sa mère une relation permanente plus favorable et plus réelle sur le plan pédagogique. Toujours sur le plan pratique, il faut que la reprise des contacts soit progressive : La mère devra d'abord retrouver son enfant à la faveur de son propre effort à elle ; elle ne saurait demander à Jacques, émotif et angoissé, de venir immédiatement chez elle et de quitter le foyer de sa grand-mère qu'il redoute de perdre. Pendant un certain temps, c'est donc à la mère (et au beau-père) qu'il appartient de se déplacer, afin que l'enfant ne soit pas sorti totalement de son cadre habituel durant les visites. Compte tenu du conflit qui subsiste entre la grand-mère et la mère, il est évidemment impossible d'exiger de cette dernière qu'elle visite Jacques au foyer des grands-parents. Il faut bien plutôt, à la faveur de promenades dans les environs, établir une relation qui rassure

progressivement l'enfant et lui permette de découvrir personnellement qui est réellement sa mère.

Il ressort d'un tel exemple que si le psychiatre, médecin spécialiste, après un examen approfondi de la situation et de toutes les solutions possibles conclut que le maintien des relations personnelles ne peut être envisagé sans risque de compromettre gravement la santé psychique de l'enfant et recommande leur suppression, il serait bon que le juge lui fasse confiance en prononçant cette mesure ¹.

En France, le législateur a mis à la disposition du juge un moyen d'information très efficace ²: l'enquête sociale, introduite par l'Ordonnance du 12 avril 1945 comme troisième alinéa de l'article 238 du Code civil. Cette enquête n'est cependant pas prescrite à peine de nullité, et face à ses résultats le juge conserve toute liberté de décision ³. S'il recourt à cette enquête, le juge ne peut déléguer à celui qu'il mandate son pouvoir d'instruction ou de décision sur une affaire dont il est saisi ⁴.

S'il statue dans le sens proposé par le rapport qui clôt l'enquête, le juge ne le fait pas par une sorte de substitution de l'intime conviction de l'enquêteuse sociale à la sienne, mais bien parce que les considérations qui ont dicté les conclusions du rapport méritent d'être retenues et lui permettent d'apprécier où se trouve le véritable intérêt de l'enfant ⁵. « Ainsi ordonnée », cette

¹ Dans le cadre d'une action en modification du jugement de divorce tendant au transfert de la puissance paternelle, le Tribunal cantonal des Grisons motive de manière intéressante sa prise en considération de l'expertise psychiatrique requise: « ... Der gerichtlich bestellte Experte fügt überdies hinzu, es sei damit zu rechnen, « dass ein weiteres Verbleiben des » Kindes bei seinem Vater und der Stiefmutter die Neurose verstärken würde und für das » weitere Leben des Kindes von Nachteil wäre. Gefährdet wäre die Explorandin von allen » Dingen in Bezug auf ihre seelische Reifung, auf ihre Kontaktfähigkeit mit der Umgebung » und dementsprechend in Bezug auf ihr Sozialverhalten ». Freilich ist nun dem Berufskläger darin beizustimmen, dass der Richter seinen Entscheid grundsätzlich ohne Bindung an die Fachgutachten zu treffen hat. Das will indessen nicht heissen, dass er den Ratschlag anerkannter Fachleute unbegründet in die Winde schlagen soll. Das Kantonsgericht schliess sich aber der Ansicht der Vorinstanz an, welche die Verantwortung nicht übernehmen will, entgegen dem Rat der Experten zu entscheiden und dadurch einen seelischen Schaden des Kindes in Kauf zu nehmen. Der Berufskläger versuchte einen Mangel in der Anamnese des Gutachtens geltend zu machen, indem der Psychiater nur zwei Tage für seine Untersuchung aufgewendet habe. Von einem Laien kann jedoch aus dem Zeitaufwand des Fachmannes für eine Arbeit schwerlich auf deren Gründlichkeit geschlossen werden », arrêt du 21.1.1960, in *PKG* 1960, p. 21-24.

² Cf. H. L. et J. MAZEAUD, N. 1464.

³ Cour de cassation, 10.5.1955, note 1-2, in *Dalloz* 1955, p. 483-484; Cour de cassation, 15.12.1955, in *Dalloz* 1956, p. 250-251; COLIN-CAPITANT, N. 1169; PLANIOL et RIPERT (II), N. 652. Selon PLANIOL et RIPERT (I), N. 1880, « La décision du tribunal doit tenir compte des renseignements qui auront été ainsi recueillis »; cf. aussi AUBRY et RAU, § 481, N. 218.

⁴ Cf. note in *Dalloz* 1956, p. 250-251, suite à la publication de l'arrêt de la Cour de cassation du 15.12.1955.

⁵ Cour d'appel de Paris, 10.2.1959, in *Gaz. Pal.*, 1959, II, J. p. 96-97.

enquête « apporte au tribunal des renseignements précieux. Il est regrettable que, dans les grands centres, le président, tenant compte des charges considérables des services sociaux, n'ordonne qu'exceptionnellement cette mesure...¹ »

A côté, ou même dans le cadre de l'enquête sociale, le juge peut aussi requérir une expertise médicale. On en trouve de nombreux exemples en matière de non-représentation d'enfant, pour déceler si l'opposition de l'enfant au droit de visite est spontanée ou si elle reflète l'attitude du parent gardien². Puisqu'il est possible dans ce cas de faire état du rapport d'un médecin psychiatre, il est normal que le juge civil ait aussi le loisir d'y recourir déjà au moment du divorce. Il pourra ainsi organiser les relations personnelles dans l'intérêt de l'enfant et éviter dans la mesure du possible les conditions qui risquent d'aboutir au délit de non-représentation.

Plusieurs auteurs français préconisent une étroite collaboration entre le juge et le médecin, le psychiatre plus particulièrement. Il faut citer ici M. le professeur Savatier qui résume brièvement et clairement le problème et fixe les limites dans lesquelles on peut lui donner une solution : Les déchirements et les déséquilibres qui surgissent chez l'enfant disputé « sont à la fois du ressort des psychiatres et des juristes. Or, ni les domaines de ceux-ci et de ceux-là ni leurs méthodes ne s'accordent exactement. Le juriste procède par catégories, là où le psychiatre voit des cas individuels. Cependant la dualité de leurs deux techniques est complémentaire, et elle se justifie, pour chacune, au regard de sa fin. Car si la cure médicale se présente comme individuelle, ce sont les catégories juridiques qui font socialement la sécurité générale des hommes, puisque ce sont elles qui leur permettent de connaître d'avance les règles auxquelles ils seront soumis. Pour que des cures particulières soient possibles sans abandon des garanties légales, c'est un large champ de concordance entre juristes et psychiatres qu'il nous faut chercher ici...³ » M. le juge Chazal, autre éminent spécialiste de ces problèmes, précise ce qu'on peut demander au juge, sinon au législateur : « ... des réformes devraient encore être apportées au régime actuel. L'examen médico-psychologique devrait trouver sa place à côté de l'enquête sociale... Cette incursion dans le domaine de la psychologie (...) contribue à nous faire comprendre combien les investigations psycho-sociales sont indispensables au juge s'il entend, en se prononçant sur la garde d'un enfant, s'appliquer à protéger son avenir, et combien il doit se montrer à la fois prudent, réfléchi et perspicace dans la décision qu'il est appelé à prendre.⁴ » A propos du refus de l'enfant de se soumettre au droit

¹ H. L. et J. MAZEAUD, N. 1464.

² Cf. à ce propos : Cour de cassation, 14.5.1957, in *Dalloz* 1957, J. p. 529 ; Trib. correctionnel de St-Nazaire, 2.11.1950, in *Gaz. Pal.* 1951, I, J. p. 123-125.

³ R. SAVATIER, *L'enfant disputé*, p. 985.

⁴ J. CHAZAL (I), p. 90, 93, 96 ; cf. aussi M. DONNIER, *L'intérêt de l'enfant*.

de visite, M. Chazal écrit : « ... lorsque le refus paraît sérieux, il est opportun, nous semble-t-il, de soumettre l'enfant à un examen médico-psychologique et de prescrire une enquête sociale avant de statuer pénalement. ¹ »

Pour être complet, il faut rappeler le rôle important joué en France par le juge des enfants, dont on a vu qu'il peut s'étendre aussi à la réglementation du droit de visite s'il met l'enfant en danger. Or, l'Ordonnance du 23 décembre 1958 offre à ce juge tous les moyens et toutes les collaborations nécessaires pour mener à bien sa mission, entre autres celle du médecin, du psychiatre ou du psychologue « ... dont le concours quasiment constant lui est rigoureusement indispensable » ². Au cours de son enquête, et tout en rassemblant « les éléments qui caractérisent la légalité de son intervention », le juge des enfants « fait procéder à tout un ensemble d'investigations médico-psychologiques et sociales qui doivent lui permettre de connaître l'enfant et ses milieux de vie... » ². Si le juge des enfants peut recourir à l'expertise du psychiatre, il serait illogique que le juge du divorce ne puisse en faire autant pour trouver une solution judiciaire en faveur de l'enfant disputé.

¹ J. CHAZAL, *ibid.*

² J. CHAZAL (II), p. 62 et 61.

CHAPITRE IV

LA PROTECTION DU DROIT DE VISITE

Il arrive que l'enfant déteste le droit de visite, qu'il en souffre plus ou moins consciemment et qu'il tente de s'y soustraire. A son opposition s'ajoute souvent la mauvaise volonté de son gardien. D'un autre côté, il se peut aussi que le titulaire du droit de visite ne respecte pas les conditions dont il est assorti.

La réglementation judiciaire du droit de visite la plus parfaite se révélerait vaine s'il n'était pas possible d'en contrôler l'observation et, au besoin, de sanctionner ses violations.

A la vérité, les moyens juridiques de venir à bout des récalcitrants sont nombreux et variés. Malheureusement, aucun d'eux n'offre une pleine efficacité. A cet égard, le recours à la force publique constitue peut-être une exception. Mais les tribunaux répugnent à en user, tant ses effets psychologiques sont désastreux.

§ I. LES « MESURES DE RÉTORSION »

Dans de nombreux cas, le bénéficiaire du droit de visite doit contribuer aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. La tentation est forte pour lui de lier son droit de visite à son obligation alimentaire, de penser que l'impossibilité d'exercer son droit a l'effet de le libérer de son obligation.

La jurisprudence et la doctrine considèrent pourtant que le droit de visite et l'obligation alimentaire sont des institutions indépendantes ¹. L'exécution

¹ Il y a cependant des cas exceptionnels : « ... on peut légitimement admettre que l'effort relativement important que l'appelant acceptait d'assumer en offrant pour chacun de ses enfants une pension mensuelle de 250 fr. avait pour contre-partie le droit que lui réservait expressément le jugement de divorce de conserver avec ses enfants des relations personnelles suivies. Cette contre-partie tombée, il est légitime que la pension soit réduite pour correspondre plus strictement aux besoins des enfants », Genève, Cour de justice civile, 19.10.1956, in *Sem. Jud.* 1957, p. 569 ss. Le Tribunal fédéral reconnaît le bien-fondé de cette décision in *RO* 83 II 89 ss.

de la seconde ne saurait, par conséquent, être subordonnée à l'exercice du premier¹.

En fait, ce principe subit de multiples violations. Une sorte de « justice personnelle » se manifeste, qui emprunte parfois la forme d'un véritable chantage.

« Plusieurs mères, écrit un auteur bien informé, ont obligé leurs enfants à rendre visite au père, car celui-ci ne payait la pension que sous cette réserve. D'autres mères, dans la même situation, ont préféré renoncer à l'aide du mari...² »

Dans son remarquable ouvrage, M. Haffter évoque au surplus ces cas, les pires, où l'enfant va lui-même chercher l'argent chez son père³.

D'autres fois encore, le bénéficiaire du droit de visite déclare qu'il serait disposé à renoncer à son exercice à condition que son obligation alimentaire soit réduite ou supprimée⁴.

Il arrive enfin que le gardien de l'enfant se refuse à permettre l'exercice du droit de visite parce que la pension n'a pas été payée régulièrement.

En règle générale, ces « mesures de rétorsion » doivent être condamnées. D'accord avec plusieurs auteurs, nous sommes cependant enclin à les admettre quand le titulaire du droit de visite ne veut pas payer la pension de l'enfant — ou, ce qui revient au même, quand il s'en rend incapable par mauvaise volonté, fainéantise ou légèreté.

Dans cette hypothèse, il est d'ailleurs permis d'envisager également la limitation ou la suppression du droit de visite. L'enfant n'a pas intérêt à conserver des relations suivies avec un parent qui ne se soucie aucunement de ses devoirs envers lui⁵.

§ 2. LES SANCTIONS JURIDIQUES DU DROIT DE VISITE

Ces sanctions varient dans le temps et dans l'espace. Sur le plan civil, elles dépendent en Suisse des procédures cantonales, tandis que sur le plan pénal, le Code pénal permet une certaine unification.

¹ La formule utilisée correspond souvent à celle-ci : Condamné à payer une pension à son ex-femme (mari) pour leur enfant commun, le père (la mère) ne peut se prévaloir qu'il (elle) est dans l'impossibilité d'exercer son droit de visite pour se soustraire à cette obligation. « Cette impossibilité ne peut préjudicier à l'enfant », Genève, Cour de justice civile, in *Sem. Jud.* 1925, p. 229 ss; cf. aussi Tessin, Cour d'appel, 7.7.1948, in *Rep.* 81 (1948), p. 269 et *SJZ* 45 (1949), p. 275 N. 109; BELZA, p. 34; BOERLIN, p. 35; EGGER, Art. 156, N. 21; GIGON, p. 102; GMÜR, Art. 156, N. 20 a; LANDOLT, p. 75; en France, DERRIDA, p. 97; en Allemagne: OLG Düsseldorf, 27.5.1955, in *Zentralblatt.*, 1955, p. 274; OLG Celle 26.2.1953, in *Zentralblatt.*, 1954, p. 86.

² DANIELEWICZ, p. 28.

³ HAFETER (I), p. 69.

⁴ Cf. à cet égard Tribunal correctionnel de St-Nazaire, 2.11.1950, in *Gaz. Pal.* 1951, I, J. p. 123-125.

⁵ Cf. par exemple KISTLER (I), p. 20; D. MICHEL, p. 52.

En Allemagne, on recourt tantôt au § 1632 BGB, tantôt au § 33 FGG, quand ce n'est pas au § 235 StGB.

En France, on a progressivement abandonné l'astreinte. En outre, estimant que les moyens « civils » de protection étaient insuffisants, on les a de plus en plus remplacés par la sanction pénale réprimant le délit de non-représentation d'enfant, prévue par l'article 357 du Code pénal.

Les sanctions civiles

L'obligation active du gardien. La première protection du droit de visite est l'obligation « active » imposée au gardien de l'enfant. Elle peut être prévue expressément dans le jugement ou l'ordonnance de divorce : obligation de tenir l'enfant à disposition du visiteur à telle heure en un endroit déterminé, obligation d'escorter l'enfant, etc. Le gardien ne saurait se prévaloir du silence du jugement pour adopter une attitude purement passive et se borner à tolérer le droit de visite. Il doit en rendre l'exercice possible.

Les paragraphes réservés à l'intérêt et à la volonté de l'enfant ont souligné l'importance de cette obligation. Elle consiste avant tout dans l'usage que le (parent) gardien doit faire de son autorité et de ses prérogatives pour amener l'enfant parfois récalcitrant à se prêter aux visites. S'il échoue, s'il refuse de le faire ou si, de toute autre manière le gardien perturbe l'exercice du droit de visite, le « visiteur » dispose d'autres moyens pour obtenir satisfaction.

Le retrait et le transfert de la garde ou de la puissance paternelle. Frustré dans son droit par la faute du gardien, le « visiteur » est tenté de considérer le transfert de la garde ou de la puissance paternelle à son bénéfice comme une des premières mesures à envisager.

Elle ne saurait pourtant sanctionner n'importe quelle atteinte, fût-elle grave, au droit de visite.

Les investigations et les précautions de toutes sortes qui ont présidé à l'attribution de ce droit et de cette puissance sont telles que leur transfert ne peut intervenir sans raison impérieuse. Cette mesure, prononcée pour donner satisfaction au « visiteur » ne doit pas non plus porter atteinte à l'intérêt de l'enfant. Aussi est-ce avec raison que la Commission de surveillance du barreau zuricois a reproché à un avocat de n'avoir pas d'abord exploité sérieusement les possibilités offertes par l'amende disciplinaire et l'envoi devant le juge pénal pour insoumission, mais d'avoir d'emblée et uniquement proposé à son client l'introduction d'une action en retrait de la puissance paternelle contre la personne responsable. Cette voie est non seulement fort longue, mais elle est insuffisante. Selon cette Commission, c'est même une entreprise vouée à

l'échec, du moment qu'on ne peut rien reprocher d'autre à la mère qu'une violation du droit de visite¹.

Seules une atteinte grave et répétée au droit de visite² et une opposition irréductible du gardien permettent de prononcer un retrait et un transfert de la garde ou de la puissance paternelle; encore faut-il que les autres moyens de protection du droit de visite se soient révélés inefficaces³.

Le plus souvent, c'est la perspective d'une atteinte prolongée et peut-être définitive à son droit qui incite le visiteur à demander le transfert de la puissance paternelle à son profit ou le retrait de garde. Mais, même dans ces cas, « on ne saurait poser des règles absolues sur les conséquences que doit entraîner le changement de résidence du parent chargé de la garde du ou des enfants mineurs après le divorce, lorsque ce changement a pour effet de rendre impossible ou plus difficile l'exercice du droit de visite accordé à l'autre parent. La solution d'une semblable question dépend des circonstances de la cause et notamment des raisons qui ont motivé le changement de résidence et de l'opportunité de ce changement. La circonstance qu'une modification de ce genre rendrait impossible l'exercice de son droit de visite au parent auquel la garde de l'enfant n'a pas été confiée ne saurait, à elle seule, impliquer une modification du jugement dans sa partie relative à la garde de l'enfant. »⁴ Dans ce cas, c'est d'abord par une réorganisation que le droit aux relations personnelles est protégé⁵. Des séjours, plus rares mais prolongés, remplacent les rencontres brèves et fréquentes. Une répartition différente des frais de visite (voyage, escorte, etc.) intervient éventuellement, « l'émigrant »

¹ Décision du 5.5.1954, in *BIZR* 53 (1954), N. 176; dans le même sens, cf. Tribunal supérieur de Zurich, 16.6.1954, in *BIZR* 53 (1954), N. 88.

² Cf. par exemple: Cour de justice civile de Genève, citant un jugement du Tribunal de première instance du 17.11.1921, in *Sem. Jud.* 1922, p. 378 ss.

³ Le Tribunal fédéral paraît moins exigeant pour autoriser l'introduction d'une telle demande quand il dit: « Si l'intimée entrave le droit de visite du recourant, celui-ci pourra demander la modification du jugement de divorce (art. 157 CCS) et l'attribution de la puissance paternelle... », Arrêt du 18.3.1954, in *Sem. Jud.* 1956, p. 49 ss. On verra pourtant plus loin qu'une semblable modification doit être très sérieusement motivée. Un arrêt antérieur correspond mieux au point de vue de notre Cour suprême: « ... La recourante reproche à l'intimé de l'avoir empêchée parfois de voir son enfant et de sortir avec lui. Ce grief ne saurait en lui-même justifier une modification du jugement de divorce... », Arrêt du 17.11.1927, in *Sem. Jud.* 1928, p. 133 ss.

⁴ ATF du 19.6.1914, in *Sem. Jud.* 1914, p. 589 (l'ATF du 30.5.1912 y est cité — *RO* 38 II 32 et *JdT* 1913, p. 130 ss); cf. aussi un arrêt du Tribunal supérieur d'Argovie, du 14.3.1952, in *Aarg. Gerichts- und Verw.*, 1952, p. 17.

⁵ C'est au « visiteur » (ou à l'autorité tutélaire) qu'il appartient de solliciter la modification, conformément à l'article 157 CCS. Dans le même sens, cf. en France une note publiée à la suite d'un jugement du Trib. corr. de la Seine, du 4.12.1954, in *Dalloz* 1955, p. 375-376; une autre note publiée à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1.4.1960 in *Gaz. Pal.* 1960, I, p. 340-341. *Contra*: ces deux jugements. Celui du Tribunal de la Seine (4.12.1954) a été réformé par la Cour de Paris, le 22.10.1955, in *Gaz. Pal.* 1955, II, 372.

devant les assumer une fois l'an par exemple. L'échange de correspondance est intensifié¹ et doublé s'il le faut de conversations téléphoniques.

Cette « immunité » n'est pourtant pas absolue et le changement de résidence destiné avant tout à priver le visiteur de son droit ne saurait en bénéficier, puisqu'il constitue une sorte d'abus au sens de l'article 2 CCS². Mais là encore, l'éventuel transfert de la puissance paternelle n'offre qu'une protection problématique. En effet, le gardien qui forme un tel projet a grand soin de ne pas en informer le bénéficiaire du droit de visite. Et dès qu'une frontière le sépare de l'enfant, le visiteur éprouve de sérieuses difficultés à obtenir satisfaction, la puissance paternelle (ou le droit de garde) lui serait-elle transférée après coup³.

Une mesure administrative le protégerait mieux, qui exigerait la signature des deux parents pour établir et délivrer le passeport d'un enfant mineur. Si le parent « visiteur » refuse de donner la sienne, le juge (ou l'autorité tutélaire) intervient et recherche les véritables motifs de l'émigration. S'ils se révèlent valables et compatibles avec l'intérêt de l'enfant, l'autorité compétente se substitue au « visiteur » et autorise la délivrance du passeport^{3 4}.

On constate en définitive que le transfert de la garde ou de la puissance paternelle ne protège le droit de visite contre les abus du gardien qu'à l'état de menace. Et encore cette protection est-elle très relative. Quand elle est prononcée, cette mesure ne fait que renverser le problème puisqu'il s'agit dès lors d'organiser et de protéger le droit de visite dont bénéficie automatiquement l'ex-gardien s'il n'a pas gravement attenté aux intérêts de l'enfant. Aussi bien peut-on conclure avec M. Gaston que « ce procédé serait sans doute par lui-même extrêmement efficace. Mais il supprime le problème du droit de visite »⁵.

Le retrait de la puissance paternelle et l'institution d'une tutelle avec transfert de la garde à un tiers peut avoir un effet différent. Le « visiteur » initial conserve en principe son droit de visite dorénavant mieux garanti par le nouveau gardien. Le but recherché paraît donc atteint. Il ne l'est toutefois qu'imparfaitement. En effet, les visites du premier « visiteur » doivent être raréfiées pour que, ajoutées à celles dont l'ex-gardien bénéficie lui aussi dorénavant, elles n'absorbent pas trop les loisirs de l'enfant.

¹ A ce propos, voir ci-dessus p. 59-60.

² Cf. par exemple l'ATF du 30 mai 1912 in *JdT* 1913, I, p. 130 ss (*RO* 38 II 32).

³ Toute cette question fait l'objet d'un arrêt très intéressant de l'OLG Neustadt/W., du 22 février 1963 (in *FamRZ* 1963, p. 300), commenté par le Dr J. SCHWOERER, Oberlandes-gerichtsrat à Fribourg en Brisgau (*ibid.*).

⁴ Dans ce sens, voir un arrêt de l'OblLG de Bavière, in *JR* 1957, p. 141-143.

⁵ L. GASTON, p. 107.

Le fait que les relations personnelles sont entravées ne suffit pas non plus à simplement modifier le placement de l'enfant si le bien de ce dernier n'est pas mis en péril¹.

Les mesures d'exécution forcée. En Suisse, la procédure et les sanctions propres à garantir l'exécution des jugements sont régies par les législations cantonales². Leur étude alourdirait trop cet ouvrage. Aussi nous bornerons-nous ici à signaler certains des moyens utilisés, plus particulièrement dans les cantons romands, à Berne et à Zurich.

Dans le canton de Neuchâtel, « l'exécution forcée des jugements civils autres que ceux³ » « ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir⁴ » « ne peut être poursuivie qu'en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal qui a prononcé le jugement »⁵. C'est le greffe du tribunal de district qui procède à l'exécution des jugements prononcés par ce tribunal ou par le tribunal cantonal⁶. Selon la loi du 27 novembre 1945 sur l'Office cantonal des mineurs, le juge peut confier à cet Office la mission d'exécuter les décisions relatives au droit de garde et au droit de visite. « L'Office commis à l'exécution est autorisé à requérir l'assistance de la force publique, s'il l'estime nécessaire. »⁷

En matière d'exécution forcée, la jurisprudence neuchâteloise admet en principe le recours à l'article 292 CPS.

A Genève, c'est le Procureur général et ses substituts qui sont chargés de tenir la main à l'exécution des jugements⁸. « Ils pourront, sur la demande des parties, enjoindre aux huissiers de prêter leur ministère et requérir main forte lorsque ce sera nécessaire »⁹, et à cet effet requérir directement les agents de la force publique. Les jugements ne pourront toutefois être mis à exécution « qu'après avoir été signifiés au débiteur avec commandement de satisfaire à leur contenu... »¹⁰. « L'exécution forcée pourra avoir lieu dès le lendemain de la signification, et dès le jour même si le jugement l'autorise. »¹¹

Dans le canton de Vaud, le Code de procédure civile confie au juge de paix le soin de « sommer par exploit la partie condamnée de s'exécuter dans

¹ Cf. une décision du Conseil d'Etat bernois du 14.8.1959, in *RDT* 1961, p. 51-55, N. 12.

² Exception faite de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite qui régit l'exécution forcée des obligations pécuniaires sur tout le territoire de la Confédération.

³ Art. 493 CPC.

⁴ Art. 492 CPC.

⁵ Art. 494 CPC.

⁶ Art. 495 CPC.

⁷ Art. 45 LOJ.

⁸ Art. 105 LOJ.

⁹ Art. 464 LPC.

¹⁰ Art. 465 LPC.

le délai fixé par le jugement, avec avis qu'à ce défaut il sera suivi à l'exécution forcée »¹. « En cas de nécessité, le juge peut, après la sommation prévue à l'article 601 ci-dessus, ordonner que la personne sommée d'exécuter soit détenue pendant le temps requis pour l'exécution du jugement. Cette détention ne peut, dans aucun cas, excéder huit jours. »² Enfin, « les fonctionnaires chargés de l'exécution des jugements font les perquisitions nécessaires et emploient la force armée, en cas de besoin »³. Cependant, soulignait M. Gross, la menace d'une condamnation pénale devrait aider à imposer le respect de la loi dans ce domaine et permettre « de vaincre la résistance de parents obstinés mieux que ce n'est possible actuellement — ce texte date de 1934 — où l'on a vu, par exemple, l'obligation de laisser voir des enfants chaque dimanche à leur père ne pouvoir faire l'objet d'une ordonnance d'exécution par le juge de paix pour le motif prévu à l'art. 605 Cpcv, d'après lequel, sauf cas d'urgence, on ne procède précisément pas à l'exécution forcée un jour légalement férié! »⁴.

En Valais, seuls les articles 380 et 381 du CPC semblent applicables à l'exécution du droit de visite. L'article 380 dispose que « si le jugement comporte la défense de faire une chose, le juge, sur requête de l'ayant droit, signifie cette défense à la partie adverse avec menace d'amende en cas de violation de cette défense. Le juge ne peut, dans la fixation de cette amende, dépasser le montant de 500 francs. » Quant à l'article 381, il prévoit que « si les mesures exécutoires prévues aux articles précédents ne paraissent pas suffisants, le juge arrête dans le jugement les mesures qui lui paraissent opportunes ». Dans le cadre de cette disposition, le juge semble disposer de moyens étendus, comparables à ceux dont bénéficient les organes d'exécution des cantons précédents, y compris le recours à la force publique.

Dans le canton de Berne, c'est le président du tribunal de district où doivent être prises les mesures nécessaires à l'exécution qui est compétent⁵. Il statue souverainement en procédure sommaire sur tous les différends relatifs à l'exécution⁶. Sur plainte de la partie adverse, celui qui ne se soumet pas à un jugement lui ordonnant une abstention est passible d'une amende jusqu'à 5000 francs, à laquelle peuvent s'ajouter des arrêts ou, dans les cas graves, l'emprisonnement d'une année au plus⁷. Le jugement qui prononce une obligation de faire donne en même temps un certain délai dans lequel la personne condamnée doit s'exécuter. Si elle ne le fait pas, l'autre partie peut

¹ Art. 601 CPC.

² Art. 609 CPC.

³ Art. 594 CPC.

⁴ A. GROSS, p. 118.

⁵ Art. 402, al. 1 CPC.

⁶ Art. 402, al. 2, CPC.

⁷ Art. 403, al. 1.

demander au juge l'exécution par un tiers, si elle est possible, et des dommages-intérêts, ou seulement des dommages-intérêts¹. Si le juge ordonne l'exécution par un tiers, il en charge une personne qualifiée. Au besoin, il enjoint à la police de lui prêter main forte². Dans son commentaire, M. Leuch précise que rien n'empêche le juge de désigner comme tiers la police elle-même³. En cas d'inexécution de mauvaise foi et à la demande de l'autre partie, le coupable est passible des sanctions pénales de l'article 403⁴. Si quelqu'un a été condamné à livrer une chose mobilière déterminée, le juge donne l'ordre à l'huissier, à la demande de la partie adverse, d'aller réclamer cette chose et au besoin de l'enlever avec l'aide de la police. Si elle est introuvable, le responsable peut être condamné à des dommages-intérêts⁵. Cette dernière disposition ne semble pas applicable à l'obligation de remettre l'enfant.

C'est bien plutôt à l'article 404 qu'il faut recourir en ce cas. Mais, pratiquement, dit M. Leuch, la différence est minime puisqu'au besoin, on peut aussi aboutir à l'intervention de la force publique (art. 404 al. 2)⁶.

Le système zuricois présente certaines analogies avec le bernois. Il est parmi les plus intéressants et les plus complets. Plusieurs jugements et la thèse de M. Benz en illustrent les principes et donnent des indications relatives aux résultats obtenus. Selon le code de procédure zuricois, l'exécution du jugement qui concerne une obligation de faire (*Realexekution*) est basée sur une procédure comminatoire ou d'injonction⁷. L'exécution forcée du droit de visite peut être obtenue sur la base des articles 292 ss⁸ et 372 ss⁹. La condition essentielle à l'introduction d'une demande de procédure d'exécution est l'existence d'un jugement exécutoire et exécutable. On admet généralement que le jugement de divorce est un titre valable d'exécution.

¹ Art. 404, al. 1.

² Art. 404, al. 2.

³ Note 5 *ad* art. 404.

⁴ Art. 404, al. 4.

⁵ Art. 406, al. 1 et 2.

⁶ Note 1 *ad* art. 406.

⁷ « ... Das gerichtlich geregelte Recht eines geschiedenen Ehegatten auf persönlichen Verkehr mit seinem ihm entzogenen Kindern kann auf dem Wege des Befehlsverfahren durchgesetzt werden: Androhung... », in *BIZR* 1954, N. 88; « ... Die Androhung von Ordnungsbusse oder bei hartnäckiger Ungehorsam hätte einem Befehl den nötigen Nachdruck verliehen... », in *BIZR* 1954, N. 176.

⁸ Art. 293: « Die Verfügungen im Befehlsverfahren können bestehen: 1. In allgemeinen Verboten, unter Androhung einer Polizeibusse gegen ungehorsame, welche nicht innerhalb einer anzusetzenden Frist die Klage auf ein Das Verbot ausschliessendes Recht beim Friedensrichteramt einleiten; 2. in Befehlen und Verboten gegen bestimmte Personen unter Androhung von Rechtsnachteilen, Exekution, Ordnungsbusse oder Überweisung wegen Ungehorsams, welche letztere jedoch nur ausnahmsweise angedroht werden darf; 3. in Auflegung von Sicherstellung. »

⁹ Art. 372 à 377: die Vollstreckung, cf. ci-dessous, p. 114, note 7.

C'est le juge unique, en procédure sommaire, qui décide à ce sujet, c'est lui qui accorde l'ordonnance d'exécution dans laquelle il enjoint au parent défendeur de permettre à l'enfant de se prêter aux relations personnelles réglées dans le jugement de divorce. L'injonction est accompagnée d'une menace d'amende disciplinaire ou d'envoi devant le juge pénal pour insoumission. Les deux menaces peuvent être signifiées simultanément¹. Elles auront ainsi plus d'efficacité puisque le juge d'audience ne peut infliger une amende disciplinaire que jusqu'à 50 francs, ce qui est manifestement insuffisant pour intimider tous les récalcitrants!² Utilisées simultanément, ces menaces permettent d'atteindre plus rapidement le but recherché. M. Benz cite un cas où, seule la menace d'amende ayant été utilisée, la mère dut attendre plus d'une année pour que le défendeur se soumette (p. 54).

L'existence dans le Code pénal suisse d'une disposition réprimant une telle attitude (art. 292 CPS: Insoumission à une décision de l'autorité) n'interdit pas au juge civil de prévoir de son côté une sanction pénale particulière pour le même comportement³.

En Allemagne, des peines disciplinaires assurent la protection du droit de visite. Elles peuvent être prévues déjà dans l'organisation des relations personnelles⁴; elles ne sont pas applicables sans avertissement préalable. Le gardien n'encourt pas cette peine si l'insoumission au droit de visite est le fait d'un enfant bientôt majeur⁵. Le lésé peut aussi introduire une action en dommages-intérêts contre le parent gardien pour violation du droit aux relations personnelles (en procédure contentieuse)⁶.

L'exécution du droit de visite peut être confiée à l'Office des mineurs⁷ — Jugendamt — ou soumise aux moyens de pression du droit des provinces⁸ — Länder.

En France, différents moyens de pression ont été utilisés, dont la saisie des revenus, la condamnation à des dommages-intérêts, l'exécution *manu militari* et l'astreinte. Aucun n'y a donné entière satisfaction et tous ont été abandonnés ou sont en voie de l'être au profit de la seule sanction jugée efficace, celle qui frappe le délit de non-représentation d'enfant.

¹ BENZ, p. 63.

² *Ibid.*, p. 54.

³ A ce propos, cf. GROSS, p. 69-70 et ci-dessous, p. 116.

⁴ Ce sont les « Ordnungsstrafen », prévues au § 33, al. 1 FGG, qui doivent garantir le respect des dispositions prises en juridiction gracieuse. Cf. PALANDT, § 1634, N. 4 *in fine*; BEITZKE, p. 142-143; ACHILLES-GREIFF, § 1634, N. 10; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, 6, B *in fine*. — Le tribunal prévoit par exemple une amende de 50 DM pour chaque violation de la réglementation prévue, cf. BayObLG, 21.3.1961, in *FamRZ* 1961, p. 381-385.

⁵ Kammergericht, Sénat civil, 31.3.1938, in *JW* 1938, p. 1334.

⁶ HOFFMANN-STEPHAN, p. 362-363.

⁷ Cf. BEITZKE, *op. cit.*, et HOFFMANN-STEPHAN.

⁸ Cf. ACHILLES-GREIFF, *op. cit.*

Pourtant, l'importance de l'astreinte, souvent appliquée dans ce pays à la protection du droit de visite, mérite qu'on s'y arrête un instant¹. Prévue à l'article 1142 du Code civil français, elle peut être définie comme une amende prononcée à titre comminatoire et infligée au débiteur d'une obligation de faire pour le presser de s'exécuter. Le montant de cette amende augmente proportionnellement au retard apporté à l'exécution. L'astreinte se caractérise par la disproportion qui peut exister entre le montant de la somme due (qui, théoriquement peut augmenter sans fin) et le préjudice parfois infime subi par le demandeur².

D'un usage courant³, elle s'est souvent révélée aussi inutile qu'excessive et plusieurs auteurs en ont souligné l'inefficacité⁴. La légalité même de cette institution est mise en question⁵ et pour M. Gross⁶, si l'astreinte se justifie dans certains domaines, elle doit être exclue de certains autres, de celui du droit de visite en particulier.

Depuis quelques années, les exemples de protection du droit de visite par l'astreinte sont fort rares et l'on doit s'en réjouir.

L'exécution « manu militari ». Si les menaces, les amendes et les arrêts demeurent vains, la plupart des législations énumérées plus haut permettent, on l'a vu, de recourir à l'exécution *manu militari*. Certains tribunaux y recourent en Suisse, en Allemagne et en France.

En ce qui concerne le canton de Zurich par exemple, M. Benz dit que les juges uniques de la procédure sommaire se répartissent en deux groupes. L'un favorable, l'autre défavorable à l'exécution réelle, c'est-à-dire à l'enlèvement de l'enfant par l'intermédiaire du « Gemeindeammann » et au besoin avec l'aide de la police⁷. Pour le tribunal supérieur zuricois, bien que le recours à l'exécution forcée soit une tâche très désagréable pour les organes d'exécution, rien n'empêche que le droit de visite soit imposé de force, tout comme

¹ Cette forme de sanction a été déclarée conforme au droit suisse par le TF: RO 43 II 660 et elle est connue du droit genevois.

² Qu'on pense simplement à l'affaire de Beaufremont où, malgré un chiffre déraisonnablement élevé, l'astreinte n'atteignit pas son but et où, si elle avait été effectivement payée, le « bénéficiaire », en l'espèce le père des enfants non représentés, aurait indirectement retiré un bénéfice immoral.

³ Cf. S. RÉGLADE, p. 73; MARTY-RAYNAUD, N. 617.

⁴ Cf. à ce sujet L. GASTON, p. 106; KAYSER, p. 213 ss: « ... Quand l'intérêt des enfants est en jeu, l'astreinte a paru une sanction insuffisante, car elle frappe seulement les parents qui ont un patrimoine... »

⁵ Cf. PLANIOL et RIPERT (I), N. 1155.

⁶ P. 116-117.

⁷ En application de l'article 373 du CPC zuricois: « Die Vollstreckung der im summarischen Verfahren getroffenen Anordnungen erfolgt durch den Gemeindeammann. Nötigenfalls kann sich der Richter für die Vollstreckung seiner Anordnungen auch der Polizeiorgane bedienen »; cf. BENZ, p. 55-56.

la remise de l'enfant au parent gardien en cas d'opposition acharnée du parent débiteur ¹.

En Allemagne, si la menace d'une amende ne suffit pas à faire respecter le droit aux relations personnelles, le tribunal de tutelle peut ordonner l'enlèvement (Herausgabe) de l'enfant avec au besoin recours à la force ². Une ordonnance spéciale de ce tribunal est alors nécessaire. Cette voie d'exécution a une signification très précise pour les Offices des mineurs puisque, selon la loi ³, ils sont appelés à exécuter les décisions des tribunaux de tutelle et doivent en particulier collaborer à la remise des enfants. En principe pourtant, ils ne peuvent être chargés de cette tâche qu'avec leur consentement. Il leur est donc possible de refuser leur concours lorsqu'ils estiment que la décision d'exécution de force ne se justifie pas. Selon Potrykus, ce refus doit être motivé par des raisons impérieuses : Par la crainte par exemple que cette violence ne porte un grave préjudice au développement des mineurs ainsi arrachés à leur cercle familial habituel. Quand un Office des mineurs participe à une telle opération, la question se pose de savoir s'il peut lui-même recourir à la force ou s'il doit solliciter l'assistance de la police ⁴.

Cette forme d'exécution existe en France également ⁵.

A première vue très efficace, l'exécution *manu militari* connaît cependant des limites. Elle est en particulier inopérante lorsque le gardien cache l'enfant ou le place à l'étranger. En outre, et cela est plus grave, « c'est un procédé extrême, entièrement inhumain en cette matière, et capable par ailleurs, de produire sur l'enfant les conséquences les plus fâcheuses » ⁶.

On doit s'opposer à ce que l'enfant « compare » devant le titulaire du droit de visite, flanqué d'un gendarme, d'un huissier ou d'un assistant social. Toute violence exercée contre lui dans ce but porte un rude coup à sa sensibilité. Une telle méthode risque tout au plus de rompre les derniers liens entre l'enfant et ce parent et de ruiner définitivement les relations familiales ⁷.

Il faut exclure également la contrainte par la force du parent gardien qui soustrait l'enfant aux visites. L'enfant souffrirait d'un tel procédé. A sa gêne vis-à-vis du parent contraint s'ajouterait une solidarité hostile et malsaine à l'égard de l'autre parent et de l'autorité. En outre, il effectuerait ses visites

¹ Cf. Trib. sup. de Zurich, 16.6.1954, in *BLZR* 53 (1954) N. 88.

² Sur la base de l'alinéa 2 du § 33 FGG.

³ § 43 RJWG.

⁴ Cf. WICHMANN, p. 9-10 (qui cite Potrykus).

⁵ Cf. en particulier le jugement du Tribunal correctionnel de St-Nazaire, du 2.11.1950, in *Gaz. Pal.* 1951, I, J. p. 123-125; Tribunal correctionnel de Pithiviers, 4.2.1954, in *Gaz. Pal.* 1954, II, p. 140-141; éven. aussi, Cour de cassation crim. 8.11.1956, in *Gaz. Pal.* 1957, I, table anal., p. 163, N. 4.

⁶ L. GASTON, p. 105; cf. aussi WABLE, p. 36; BENZ, p. 56, 57.

⁷ Cf. L. GASTON, p. 106.

dans le plus grand désarroi. Si toutefois une telle mesure ne peut être évitée, que l'enfant n'en soit pas le témoin.

Entre la protection à ce prix du droit de visite et l'évitement à l'enfant d'une épreuve morale qui peut le troubler longtemps, c'est la seconde solution qu'il faut choisir¹.

La protection pénale du droit de visite

On a vu en Suisse que les menaces et les mesures de contrainte prévues par les différentes procédures cantonales sont variées et nombreuses. Une certaine unification est par contre réalisable sur la base du Code pénal. A vrai dire, cette unification est modeste et ses effets sont relatifs, puisque le seul article du CPS applicable dans ce domaine est l'article 292 qui sanctionne l'insoumission à une décision de l'autorité².

Or, d'une part l'application de cette disposition est soumise à plusieurs conditions, d'autre part les sanctions qu'elle prévoit ne sont pas de nature à nécessairement intimider l'éventuel contrevenant. Ces conditions se résument ainsi : Il faut d'abord qu'il y ait eu ordre, injonction de faire ou de ne pas faire quelque chose. L'injonction doit émaner d'une autorité ou d'un fonctionnaire compétent et elle doit avoir été signifiée à celui qu'elle concerne. La signification doit s'accompagner de la menace de la peine prévue par le CPS. Il faut enfin que l'intéressé ne se soit pas conformé à l'ordre qui lui a été donné.

Une remarque importante doit encore être faite : Cette disposition du Code pénal a un caractère subsidiaire, elle n'est applicable qu'en l'absence d'une autre prescription destinée à réprimer les actes d'insoumission. Le Tribunal fédéral a reconnu³ que les cantons peuvent réprimer certaines contraventions aux lois de procédure par des dispositions de droit pénal cantonal⁴.

D'autre part, les sanctions prévues par cette disposition ne sont peut-être pas assez sévères pour obtenir toujours l'effet souhaité. Selon M. Clerc, « l'insoumission à une décision de l'autorité, qui est frappée seulement des arrêts ou de l'amende, serait une sanction insuffisante pour une faute que

¹ Plusieurs juges, la majorité des pédagogues, des psychologues et des psychiatres, et tous les responsables des services de protection de l'enfance se prononcent dans ce sens. Cf. BENZ, p. 56; NOWKA : « ... An dieser Stelle fehlt ein deutlicher Hinweis darauf, dass der Einsatz staatlicher Gewalt seine Grenzen da finden muss, wo Gewalt gegenüber der Kindespsyché mehr Schaden als Nutzen stiftet », in *FamRZ* 1960, p. 218-220.

² Art. 292 CPS : « Celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents, sera puni des arrêts ou de l'amende. »

³ RO 69 IV 208.

⁴ A propos de l'art. 292 CPS, cf. : F. CLERC, *Cours élémentaire sur le CPS*, Partie spéciale, tome II, p. 275-279, P. LOGOZ, *Commentaire du CPS*, Partie spéciale, II, Art. 292.

committent souvent les personnes divorcées, qui ne peuvent se résoudre à se séparer d'un enfant, qu'un jugement a attribué — pour employer l'expression consacrée — à l'ancien époux ou à un tiers... »¹. Il est vrai que M. Clerc envisage ici la remise de l'enfant au (parent) gardien et non la protection du droit de visite qui nous intéresse. C'est pourquoi, même si elle n'est pas très sévère, la sanction prévue peut suffire en l'espèce pour intimider l'éventuel récalcitrant peu désireux de subir des arrêts ou de payer une amende. Les arrêts peuvent aller jusqu'à trois mois (CPS art. 39), l'amende peut s'élever à 2000 francs².

L'article 220 CPS, qui réprime l'enlèvement de mineurs, est-il applicable à la protection du droit de visite : « Celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur à la personne qui exerce la puissance paternelle ou la tutelle sera, sur plainte, puni de l'emprisonnement ou de l'amende. » Interprété à la lettre, ce texte — qui manque de précision — serait applicable au profit du « visiteur » titulaire de la puissance paternelle démembrée du droit de garde. Mais nous sommes d'accord avec M. Knapp quand il dit : « ... Pour nous, l'article 220 ne s'applique que dans l'hypothèse en laquelle la soustraction ou le refus de rendre l'enfant a eu lieu au mépris de la garde, mais de la garde découlant de la puissance paternelle ou tutélaire. Il faut donc que la dite puissance soit complète pour qu'elle soit protégée par notre disposition... L'article 220 fait partie des dispositions réprimant les infractions contre la famille. A ce titre, il ne doit protéger que le tuteur, d'une part, ou le père ou la mère qui a la puissance paternelle complète englobant le droit de garde, d'autre part... »³ Appliquer l'article 220 à la protection du droit de visite dans l'éventualité que nous citons constituerait d'autre part une discrimination injustifiée. Le parent nécessairement privé de la puissance paternelle par suite de divorce ne bénéficierait pas de cette protection, alors qu'il n'a peut-être pas démérité, tandis que le parent privé de la garde en application de l'article 284 CCS pour abandon moral de son enfant serait protégé par l'article 220 CPS.

L'application des dispositions pénales pose le problème de la personnalité des peines : Tombe-t-il sous le coup de l'article 292 CPS le gardien qui ne peut obtenir la soumission de l'enfant au droit de visite ? La question sera reprise à propos du délit de non-représentation d'enfant sanctionné par le Code pénal français.

¹ F. CLERC, *op. cit.* tome I, p. 219-220.

² L'infraction sanctionnée par l'article 292 CPS est une contravention, puisque la pénalité prévue consiste en des arrêts ou en une amende et qu'en vertu de l'art. 101 CPS « sont réputées contraventions les infractions passibles des arrêts ou de l'amende, ou exclusivement de l'amende ». En matière de contravention, « sauf disposition expresse et contraire de la loi — ce qui n'est pas le cas de l'art. 292 — le maximum de l'amende sera de deux mille francs. Si le délinquant a agi par cupidité, le juge ne sera pas lié par ce maximum », art. 106 CPS.

³ C. KNAPP, *Le droit civil de la famille dans le Code pénal suisse*, p. 33.

En Allemagne, le droit aux relations personnelles est considéré comme une parcelle détachée de la puissance paternelle. A ce titre, il bénéficie de la protection du § 235 du Code pénal allemand qui sanctionne l'enlèvement de mineur. Le parent « visiteur » peut donc invoquer cette disposition contre quiconque fait échouer l'exercice de son droit aux relations personnelles, y compris le parent gardien. En outre, ce droit ne permettant en général que des rencontres brèves avec l'enfant, l'auteur d'un empêchement de quelques heures seulement tombe sous le coup de cet article ¹.

Etant donnée l'insuffisance des autres moyens de protection, c'est aux dispositions pénales sanctionnant le délit de non-représentation d'enfant que le droit français recourt de plus en plus pour garantir l'exercice normal du droit de visite. Ce délit est prévu à l'article 357 du Code pénal qui dispose : « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice, provisoire ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de 4000 francs à 1 200 000 francs. Si le coupable a été déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans. »

Certains auteurs ² et une large part de la jurisprudence ancienne prétendent que cet article n'est pas applicable au gardien qui ne remet pas l'enfant au bénéficiaire du droit de visite. Mais depuis plusieurs années, la tendance extensive a pris le dessus et actuellement les tribunaux appliquent couramment cette disposition à la protection du droit de visite, se conformant ainsi à la position adoptée de longue date et souvent confirmée depuis par la Cour de cassation ³.

Le principe de cette extension étant admis, certaines conditions doivent être remplies pour permettre l'application de cet article de cas en cas. Il faut premièrement qu'une décision judiciaire statuant sur la garde de l'enfant et le droit de visite ait été rendue et que, définitive ou provisoire, elle soit

¹ Cf. Sénat pénal du Tribunal d'Empire, 30.5.1932, in *Entsch. des RG im Strafs.*, vol. 66, p. 254-255; Bundesgerichtshof, 13.9.1957, in *MDR*, 1957, p. 756 et in *NJW* 1957, p. 1642.

² Voir en particulier GUIHO, N. 16 et 32.

³ Cf. CLAVEL, p. 126-127; L. GASTON, p. 107 ss; Cour de cassation, 30.3.1912, in S. 1913, I, p. 417, avec une note de J. A. ROUX; 18.4.1929, in *Gaz. Pal.* du 18.5.1929; 31.7.1930, in *Bull. crim.* 1930, N. 220; 19.10.1935, in *D.P.* 1937, I, 12, avec une note de M. LEBRUN; « ... La jurisprudence a très largement interprété les termes de la loi. Elle a admis que la non-représentation et l'enlèvement se caractérisaient, non seulement à l'égard du droit de garde, mais encore à l'égard du droit de visite qui lui est corrélatif... », note publiée à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 5.2.1958, in *Rec. Dalloz* 1958, p. 326; CLAVEL, p. 128.

exécutoire¹. Il faut ensuite que l'on soit en présence d'un fait matériel de non-représentation. D'accord avec la majorité de la jurisprudence, M. Clavel souligne que le délit de non-représentation ne consiste pas seulement en une opposition active au droit de visite, mais aussi en l'abstention d'un acte positif qui en rendrait l'exercice possible². La troisième condition est qu'il y ait intention délictueuse. Pour M. Clavel, cette condition est réalisée dès que l'inculpé a agi en sachant « qu'il désobéissait à une décision de justice statuant sur la garde de l'enfant, décision qu'il était tenu soit de respecter, soit d'exécuter... »³. Poursuivant son analyse, cet auteur aborde le problème délicat et important de la volonté et de la résistance de l'enfant. Il critique les tribunaux qui donnent de la valeur à cette résistance et relaxent le prévenu pour le motif de défaut de l'élément volontaire. A l'objection du principe de la personnalité des peines, il répond avec rigueur : « ... quoi qu'il en soit... et même si on ne peut reprocher à l'inculpée aucune machination coupable, il n'en reste pas moins que la loi pénale lui fait, sous peine de sanctions, une obligation de représenter son enfant. Ce devoir lui est personnel. Elle n'en partage la responsabilité avec personne. C'est elle seule qui est tenue... »⁴. Sur ce point, M. Bouzat paraît plus souple que M. Clavel, quand il reconnaît que « cette solution porte une atteinte légère, mais tout de même certaine, au grand principe de la personnalité des peines », surtout « ... lorsque la résistance de l'enfant sera spontanée, et ne sera nullement le fait du parent qui a la garde » et que ce dernier « supportera la responsabilité de la fâcheuse attitude de l'enfant. Comme le notait si bien notre éminent maître, M. le professeur Louis Hugueney⁵, « ... cette solution ne détonne pas à une époque où, de » plus en plus volontiers, l'on frappe à côté ou à la place de l'auteur matériel, » l'auteur moral ». » M. Bouzat approuve cependant la solution consacrée par

¹ Cf. CLAVEL, p. 142.

² « La représentation est une obligation inscrite dans la loi. La non-représentation peut être donc un délit d'abstention. La culpabilité ne doit pas être nécessairement recherchée dans la résistance mais aussi dans l'inaction », CLAVEL, p. 150 ; P. BOUZAT est moins catégorique quand il dit : « A la vérité, la formule de l'art. 357 : « qui ne représentera pas ce mineur » présente un caractère général qui permet à l'exégète des arguments pour les deux interprétations possibles. Nous estimons cependant que le terme représenter suggère plus une attitude active qu'une attitude passive », Note à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation, in *Dalloz-Sirey* 1955, p. 229-231. — Citons aussi à ce propos l'opinion du Tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, dans un jugement du 5.7.1960 : « Le délit de non-représentation d'enfant exige la dissimulation effective du mineur au bénéficiaire du droit de visite. Les propos tenus à l'enfant par sa mère pour le détourner de son père, titulaire du droit de visite, ne suffisent pas à caractériser le délit de non-représentation si l'enfant a été mis à la disposition de son père qui a renoncé à l'emmener, après que l'enfant ait émis, sur son compte, des réflexions désobligeantes », in *Dalloz* 1961, Sommaires, p. 15.

³ CLAVEL, p. 162.

⁴ *Ibid.*, p. 174.

⁵ Dans une chronique publiée dans la *Revue de science criminelle*, 1946, p. 67.

la Cour de cassation, sans dissimuler qu'elle est dure dans certains cas et « qu'elle soulève des critiques »¹.

Sans insister davantage sur les divergences d'opinion relatives aux thèses restrictives ou extensives, ou au fait que le principe de la personnalité des peines est plus ou moins largement violé, on soulignera avec M. Bouzat qu'une évolution générale se fait, en jurisprudence française tout au moins, qui tend « à conférer aux parents, pour l'exercice de leur droit de visite, la plus grande latitude possible »¹.

Il est regrettable que cette évolution se fasse au prix de la violation d'un principe aussi fondamental que celui de la personnalité des peines, que l'on croyait encore intangible en droit pénal. Et cela d'autant plus qu'en l'espèce elle met dans une situation cruelle à la fois le parent qui a la garde et l'enfant. S'il ne s'agissait que de cas extrêmes, où la responsabilité du parent gardien peut être prouvée, le risque serait moindre, et l'on ne discuterait pas alors l'application rigoureuse des dispositions pénales, dont par ailleurs on doit reconnaître l'efficacité.

Mais on doit constater que la jurisprudence de la Cour de cassation, suivie en cela par de nombreux tribunaux, est très rigide dans ce domaine, et que les circonstances « exceptionnelles » qu'elle réserve sont tellement exceptionnelles qu'à notre connaissance aucun de ses arrêts n'en a jamais fait application pour libérer le parent gardien inculpé du délit de non-représentation. Nous ne pouvons qu'en conclure avec M. Chazal que « la position de la Cour de cassation gagnerait ... à se montrer plus nuancée »².

L'émancipation

Ayant atteint l'âge requis pour l'émancipation, l'enfant qui refuse de se prêter au droit de visite peut-il bénéficier de cette institution et échapper par là à une obligation qui lui est profondément désagréable?

L'article 15 CCS prévoit que « le mineur âgé de dix-huit ans révolus peut, s'il y consent et avec l'agrément de ses père et mère, être émancipé par l'autorité tutélaire de surveillance. Si le mineur est sous tutelle, le tuteur sera entendu ». Le droit français offre également cette possibilité et à en croire M. Bouzat, si la jurisprudence de la Cour de cassation est si rigoureuse en matière de non-représentation d'enfants (cf. ci-dessus), « elle est ... plus sévère en apparence qu'en fait, car deux correctifs peuvent la tempérer. L'émancipation peut venir donner plus de liberté aux enfants, et les circonstances atténuantes peuvent adoucir les peines qui paraissent trop dures... »³

¹ *Ibid.*

² J. CHAZAL, *Les droits de l'enfant*, p. 95.

³ P. BOUZAT, *ibid.*

L'émancipation est-elle un correctif aussi efficace que le prétend cet auteur? On peut en douter pour plusieurs raisons. Tout d'abord, selon la jurisprudence dominante en France, le droit d'émanciper reste au père même après que la garde de l'enfant a été confiée à la mère¹. La question ne paraît donc pas se poser quand la mère a la garde et le père un droit de visite. Doutant de l'équité ou simplement du caractère judicieux de cette jurisprudence, on peut admettre avec MM. Planiol et Ripert que c'est plutôt « à la garde que devrait être attaché le droit d'émancipation, car les effets en regardent la personne du mineur plus que son patrimoine »².

Une deuxième réserve réside dans le fait que le droit d'émanciper reste soumis au contrôle des tribunaux. Si cette manœuvre a pour but de se soustraire à une obligation résultant d'une décision judiciaire, le tribunal la tiendra « pour nulle et non avenue, comme abusive, voire frauduleuse »³. C'est le sort qui attend l'émancipation destinée à attenter au droit de visite de la mère⁴.

L'émancipation est soumise à une autre limitation : On ne peut y recourir que dans l'intérêt de l'enfant. Or, l'initiative d'un père « inspiré par le seul désir de frustrer la femme du droit de visite » est « de nature à compromettre les intérêts moraux et matériels du mineur »⁵. Une question se pose alors : L'intérêt de l'enfant diffère-t-il selon qu'on l'envisage sous l'angle du droit de visite ou sous celui de l'émancipation? Dans les deux cas, semble-t-il, cet intérêt est le même, car il doit être apprécié selon les mêmes critères et répondre aux mêmes exigences. Si donc il s'accommode sans danger d'un droit de visite, il ne doit pas tout à coup en permettre la suppression par le biais de l'émancipation ; et s'il est incompatible avec l'octroi ou le maintien du droit de visite, quelle nécessité y a-t-il à recourir à ce détour pour supprimer ce droit? Celui-ci ne se justifie plus et sa suppression pure et simple présente moins de risques pour l'enfant qu'une émancipation qui le livre seul et trop jeune aux dangers de l'existence.

Au terme de ce paragraphe, il faut rappeler que, le plus souvent, le droit de visite s'exerce normalement, sans qu'il faille recourir à aucun des procédés étudiés plus haut. Lorsqu'on craint une résistance, la menace d'une de ces mesures civiles ou pénales permet en général de vaincre les oppositions superficielles. Il est exceptionnel qu'aucune des mesures prévues habituellement n'atteigne son but. C'est alors, et alors seulement, qu'interviennent les mesures

¹ Cf. Tribunal correctionnel de la Seine, 30.6.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, p. 153-154, avec citation de nombreuses références.

² *Traité pratique*, t. I, 2^e édition, par R. et J. SAVATIER, N. 619, p. 680-681.

³ Cf. Tribunal correctionnel de la Seine, 30.6.1951, in *Gaz. Pal.* 1951, II, p. 153-154.

⁴ Dans ce sens, cf. Cour de Paris, 15.2.1957, analysé in *RTDC* 1957, p. 526, N. 14, et 1958, p. 63-66.

⁵ Commentaire d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, 15.2.1957, in *RTDC* 1958, p. 63-66.

extrêmes que sont l'exécution *manu militari*, l'emprisonnement et l'amende. Toutefois, le fait même qu'un parent en arrive à encourir telle ou telle de ces sanctions graves révèle que toute la situation familiale, elle aussi, est grave et exceptionnelle. Avant d'appliquer de telles mesures, on ferait bien, comme le préconise M. Chazal, de « soumettre l'enfant à un examen médico-psychologique et de prescrire une enquête sociale »¹. Cette enquête aurait aussi son utilité avant une exécution de force selon la procédure civile.

On peut se demander pour conclure s'il n'est pas présomptueux de prévoir et d'appliquer des moyens réputés très efficaces, sinon infaillibles en faveur du droit de visite, alors qu'il n'existe aucun moyen de sauvegarder l'harmonie et l'union entre les parents, auxquelles l'enfant a pourtant un droit moral indiscutable. Ne sont-elles pas en effet les seules garanties véritables de ses intérêts, de son « intérêt premier »² qui est un « besoin de paix, de stabilité, de tranquillité » ?² Franchissant un pas de plus, on peut même suggérer que toutes les garanties accordées au droit de visite, que l'évolution de la jurisprudence qui tend « à conférer ... la plus grande latitude possible »³ aux parents pour l'exercice de leur droit de visite, risquent finalement de rendre le divorce trop « confortable » sinon trop attrayant. Toutes ces mesures enlèvent un des derniers obstacles qui en barraient la route. C'est dans ce sens que nous interprétons un arrêt de la Cour de justice de Genève, du 29 novembre 1957 : « Le fait qu'une partie prend la responsabilité de demander le divorce et d'exercer le droit qui en découle de quitter le domicile conjugal, n'est pas indifférent quant à l'attribution des enfants pendant l'instance. A moins que ces circonstances trouvent leur justification dans l'intérêt même des enfants, on doit partir du principe que la continuité conjugale serait préférable pour ces derniers. C'est si vrai que bien des époux préféreront par égard pour leurs enfants renoncer à leur désir de divorcer ; en se résolvant au divorce, ils font passer leurs convenances personnelles avant l'intérêt des enfants. Il est donc normal que, sous les réserves susdites, et en l'absence d'autres circonstances particulières, l'époux qui s'oppose au divorce soit au bénéfice d'un préjugé favorable, qui constituera l'un des éléments d'appréciation quant à la garde des enfants. »⁴ Pour les mêmes motifs, nous approuvons sans réserve la Cour d'appel de Pau quand elle arrête : « ... Attendu que D. ... en décidant ... de briser définitivement tout lien avec la mère de ses enfants et de refaire sa vie, ... a opéré un choix dans lequel son affection pour ses enfants et le souci des conséquences que cette séparation entraînerait pour eux ont pesé d'un moindre poids que les perspectives d'une nouvelle union ; qu'il doit en supporter les

¹ J. CHAZAL, *Les droits de l'enfant*, p. 96.

² R. SAVATIER, *L'enfant disputé*, p. 991-992.

³ Cf. note I, p. 120.

⁴ Cour de justice de Genève, 29.11.1957, in *Sem. Jud.* 1959, p. 127.

conséquences ; que son comportement à l'égard de ses enfants ne saurait avoir la rigueur qu'il eût été en droit de montrer en d'autres circonstances si, à l'époque, il ne leur avait préféré ses convenances personnelles. ¹ »

§ 3. L'ABUS DU DROIT DE VISITE

Par essence, le droit aux relations personnelles porte atteinte aux droits de garde et de puissance paternelle. Durant les visites ou les séjours, l'enfant est en effet momentanément soustrait à la surveillance et à l'influence du parent ou du tiers qui exerce ces droits. Un équilibre, difficile à réaliser, doit être maintenu entre le bien de l'enfant, le droit de garde ou de puissance paternelle et le droit aux relations personnelles. Ce dernier doit perturber le moins possible la puissance paternelle ou le droit de garde. Si le gardien compromet parfois cet équilibre, le « visiteur » a souvent tendance, de son côté, à profiter le plus possible des contacts qu'il maintient avec l'enfant. Il est malaisé de déterminer à partir de quand l'usage de ce droit devient abusif.

Les abus que peut commettre le bénéficiaire du droit de visite sont nombreux et variés. Ceux qui nous intéressent ont un caractère commun : D'une manière ou d'une autre, ils compromettent le bien de l'enfant.

Certains consistent en des comportements que n'importe quel parent pourrait adopter et qui provoquent l'intervention de l'autorité tutélaire sur la base des articles 283 ss CCS. S'ils ne constituent pas des abus caractéristiques du droit de visite, on doit pourtant les considérer comme tels puisque le visiteur s'en rend coupable lors de l'exercice de son droit ².

D'autres, qui méritent mieux cette appellation, résultent du conflit qui subsiste entre les parents de l'enfant. Ils consistent en des atteintes au droit de garde ou de puissance paternelle. Ils sont surtout fréquents lorsque l'enfant vit chez son père ou sa mère ou dans la parenté de l'un d'eux. L'autre parent, divorcé par exemple, est alors attentif à la moindre défaillance dans l'éducation et l'instruction que reçoit l'enfant ³. Si le « visiteur » critique en présence de

¹ Cour d'appel de Pau, 7.12.1953, in *Gaz. Pal.* 1954, I, J. p. 293.

² De même que le titulaire de la puissance paternelle abuse de son droit, le « visiteur » abuse du sien s'il se lance dans des conversations scabreuses en présence de l'enfant, s'il adopte des attitudes équivoques, s'il a des fréquentations peu recommandables, s'il lui impose des travaux ou des excursions épuisantes, l'abandonne sur la rue, etc.

³ Une différence importante caractérise le droit de visite en France d'une part, en Suisse et en Allemagne d'autre part. En France, la surveillance que le parent privé de la garde en suite du divorce doit continuer d'exercer sur l'éducation de l'enfant est l'une des raisons essentielles de l'existence du droit de visite. Cette surveillance peut également s'exercer sur l'éducation religieuse de l'enfant. En Suisse et à Allemagne, c'est le parent à qui est confiée la puissance paternelle qui est seul responsable de l'éducation, y compris de l'éducation religieuse.

l'enfant son éducation ou cherche à y intervenir, s'il dénigre l'instruction scolaire ou professionnelle que lui fait donner le gardien, les projets d'avenir que ce dernier a formés, etc., il abuse de son droit. Le cas n'est pas rare dans le domaine de l'instruction religieuse.

Un autre abus, malheureusement assez fréquent, consiste dans le fait de dresser l'enfant contre le parent (ou le tiers) gardien ou de chercher à l'en détacher. Les procédés sont nombreux, mais ils résultent tous d'une haine ou d'une jalousie tenace. L'attaque peut être franche et ouverte, elle peut au contraire prendre la forme d'insinuations perfides, de sous-entendus et d'allusions qui peu à peu empoisonnent l'âme de l'enfant. Si c'est ce dernier qui prend l'initiative de critiquer son père ou sa mère, ou de s'en plaindre, le « visiteur » doit couper court, sinon il abuse de son droit. Certes, il peut arriver que l'enfant ait à se plaindre du gardien. Mais le bénéficiaire du droit de visite n'a pas à en tirer profit et à se donner le beau rôle, lui qui, contrairement au (parent) gardien, ne partage avec l'enfant que ses loisirs et ses vacances. Si les plaintes de l'enfant sont justifiées, le « visiteur » doit en aviser l'autorité compétente qui prendra les dispositions nécessaires.

Le renvoi tardif de l'enfant chez le gardien et, de manière plus générale, l'inobservation des règles posées par le juge sont autant d'abus du droit de visite.

Le cas du « visiteur » qui ne rend pas l'enfant au détenteur de la puissance paternelle ou de la garde est l'un des plus graves. Le responsable est passible des sanctions prévues à l'article 220 CPS qui réprime l'enlèvement de mineur ¹. En effet, peut-on lire dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de cette loi : « Le délit peut ... être commis même par les parents ou par l'un d'eux, s'il y a eu déchéance de la puissance paternelle (C.C. 285, 286, 156). Il est alors commis par les parents contre le tuteur, ou par l'un des parents contre l'autre.² » Selon les auteurs, le législateur aurait même pensé avant tout au cas où l'un des époux divorcés privé de la puissance paternelle soustrait ou refuse de remettre l'enfant à l'autre époux ³. « Mais, demande M. Clerc, commettra-t-il le délit, le conjoint divorcé qui n'a pas la puissance paternelle, mais qui a droit de visite, lorsqu'il soustrait son enfant mineur, pour exercer son droit, dans l'hypothèse où le détenteur de la puissance paternelle se refuse sans raison de permettre l'exercice du dit droit de visite ? La loi ne le dit pas, mais on peut imaginer qu'un juge, appelé à trancher le cas, se souviendra de l'article 32, et considérera surtout que l'intention de l'agent n'a pas été de

¹ L'enlèvement de mineur est sanctionné en Allemagne par le § 235 du Code pénal allemand. — En France, il y a dans ce cas délit de non-représentation d'enfant, sanctionné par l'art. 357 du Code pénal français. Cf. à ce propos les p. 118 ss ci-dessus.

² Exposé des motifs de l'avant-projet du CPS d'avril 1908, p. 259.

³ Cf. LOGOZ, art. 220, N. 2 ; HAFTER, Art. 220, § 75, N. VI, p. 444 ; dans le même sens, F. CLERC, tome I, p. 219-220.

soustraire définitivement l'enfant, mais qu'il a simplement cherché à éviter que son droit de visite ne soit pas illusoire.¹ »

L'article 220 CPS est également applicable lorsque le « visiteur » soustrait l'enfant ou refuse de le rendre à une autre personne que le détenteur de la puissance paternelle ou le tuteur. En effet, « ce sont essentiellement des intérêts familiaux que l'art. 220 doit protéger, non (comme l'art. 185) la liberté de celui qui est l'objet de l'enlèvement... »². Et quand le mineur est sous tutelle, c'est par l'intermédiaire du tuteur que l'intérêt familial est protégé, que le tuteur soit ou non gardien de l'enfant. On sait d'ailleurs que le tuteur est de plus en plus rarement gardien de l'enfant, les tuteurs officiels (ou généraux) ne pouvant exercer la garde. Et c'est à juste titre qu'il est dit dans l'exposé des motifs : « Le mineur peut être soustrait à ses parents ou à son tuteur, lorsqu'il a été placé dans un établissement ou dans une famille, par exemple comme apprenti... »³ »

Interdire au gardien de recourir à l'article 220 ne faciliterait pas sa tâche. Ce serait aussi limiter de manière excessive le domaine d'application de cette disposition. Il ne faut pas voir une injustice ou un illogisme dans le fait que le tiers gardien puisse invoquer cet article alors que le parent bénéficiaire du droit de visite ne le peut pas. Il faut peut-être y déceler le désir du législateur de protéger plus efficacement la puissance paternelle et le droit de garde que le droit de visite.

Partiellement tout au moins, la réglementation du droit de visite peut déjà prévenir certaines formes d'abus en assortissant telle interdiction d'une menace précise⁴. Pour éviter par exemple qu'un père n'intervienne dans l'éducation religieuse de son enfant à l'occasion des visites, un tribunal allemand lui interdit — sous la menace d'une amende disciplinaire de 50 DM pour chaque infraction — de faire assister l'enfant à toute réunion de sa secte et de s'entretenir avec lui de questions religieuses ou confessionnelles⁵.

¹ F. CLERC, *ibid.*, p. 221.

² P. LOGOZ, *ibid.*, N. 1.

³ Exposé des motifs, p. 259 ; cf. aussi HAFTER, *op. cit.*, p. 445 ; LOGOZ, N. 4, *a et b*.

⁴ Cf. à ce propos les paragraphes relatifs à l'organisation de ce droit, ci-dessus, p. 80 ss.

⁵ Appelé à se prononcer sur l'éventuelle violation de la loi dont se serait rendu coupable le tribunal qui a prévu cette réglementation, l'ObLG de Bavière a estimé que les conditions faites au père pour l'exercice des relations personnelles avec l'enfant sont dans les limites des principes admis. La faculté d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant n'implique pas, pour le parent privé de la garde, le droit d'influencer l'éducation à l'encontre des principes éducatifs du détenteur de la puissance paternelle. Il est tout particulièrement interdit au parent qui n'a pas la garde d'influencer dans sa croyance l'enfant qui, selon le choix du détenteur de la puissance paternelle, doit être élevé dans une autre confession que celle du « visiteur », que cette influence s'exerce par des entretiens sur la religion, l'appartenance confessionnelle ou par le fait d'emmener l'enfant à son église. C'est sans violation du droit que les juridictions connaissant des faits ont admis que le père pouvait présenter ce danger. Cf. BayObLG, 21.3.1961, in *FamRZ* 1961, p. 381-382.

Certains tribunaux, craignant que le parent ne profite des visites pour emmener l'enfant à l'étranger, lui font déposer ses papiers à l'Office des mineurs avant chaque rencontre.

La répression des abus du droit de visite peut aller de la simple réprimande à l'emprisonnement (en cas d'enlèvement de mineur), en passant par la suppression et la suspension du droit, la surveillance et la limitation des visites, l'amende disciplinaire ou pénale et les arrêts (pour insoumission à une décision de l'autorité).

Certains abus permettent l'intervention de l'autorité tutélaire sur la base des articles 283 ss CCS. D'autres, en rapport direct avec le conflit qui persiste entre les parents, déterminent la compétence du juge du divorce (art. 156 CCS) ou du juge chargé de modifier le jugement de divorce (art. 157 CCS). Le juge pénal intervient dans le cadre de l'insoumission à décision de l'autorité (art. 292 CPS) et de l'enlèvement de mineur (art. 220 CPS). Enfin, les lois cantonales de procédure précisent les peines et les compétences, comme en matière de protection du droit de visite (cf. plus haut, p. 105 ss).

CHAPITRE V

LES MODIFICATIONS ET LA SUPPRESSION

DU DROIT DE VISITE

§ 1. LES CIRCONSTANCES PROPRES A JUSTIFIER UNE MODIFICATION DU DROIT DE VISITE

Judicieuse à son origine, la réglementation du droit de visite peut se révéler inadéquate à la suite d'un changement de circonstances¹. Il importe donc de pouvoir l'adapter et de ne reconnaître aux décisions se rapportant au droit de visite qu'une validité temporaire, «*rebus sic stantibus*». Aussi bien est-il admis, en Suisse comme en France et en Allemagne, que ces décisions sont par essence révocables.

En Suisse, l'article 157 CCS dispose : « A la requête de l'autorité tutélaire ou de l'un des parents, le juge prend les mesures commandées par des faits nouveaux, tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère. » Le but de cet article, selon le Tribunal fédéral, « est uniquement d'assurer la continuité de l'application des principes posés par l'art. 156² », c'est-à-dire d'assurer la protection que cet article accorde à l'intérêt de l'enfant³. « Il est exact que la partie d'un jugement de divorce qui fixe le droit de visite du conjoint, auquel la garde des enfants n'a pas été confiée, est toujours modifiable s'il se produit des faits nouveaux... Dans cette matière délicate, la Cour a toujours admis qu'elle devait se laisser guider uniquement par l'intérêt de l'enfant. ⁴ »

¹ Quand bien même le jugement initial aurait par exemple tenu compte de l'évolution de l'enfant en prévoyant que le droit de visite serait plus large quand l'enfant aurait atteint tel âge, ou qu'il serait limité si son titulaire épousait la personne responsable du divorce.

² Arrêt du 30.5.1912, in *JdT* 1913, I, p. 130 (*RO* 38 II 32); voir aussi *RO* 51 II 1 ou *JdT* 1925, I, p. 253-254.

³ Cf. HINDERLING, p. 126; J. STEINEGGER dit par exemple : « ... Pratiquement, le jugement en divorce sera, en tant qu'il a rapport aux enfants, de nature provisoire tout autant que les mesures de l'art. 145. CCS... », p. 18.

⁴ Genève, Cour de justice civile, 31.3.1922, in *Sem. Jud.* 1922, p. 378 ss.

En dépit de son caractère très général, l'article 157 CCS fournit certaines précisions quant aux conditions de la modification du jugement. L'exigence des faits nouveaux est formelle. Elle exclut toute demande basée sur des faits qui existaient déjà lors de la procédure en divorce, qu'ils aient ou non été connus ou pris en considération à cette occasion¹. On ne peut donc considérer comme un fait nouveau le comportement coupable de la mère, ignoré lors du jugement de divorce.

Si le juge du divorce, par méprise, erreur de droit ou ignorance d'un fait, a omis de se prononcer sur une question qu'il devait trancher, la lacune qui en résulte doit, selon le droit fédéral, être comblée par ce juge lui-même. Ainsi, il y a complément et non modification de jugement quand le juge du divorce ne s'est pas prononcé sur une convention relative aux effets économiques accessoires. C'est ce juge qui est compétent pour examiner plus tard cette convention². De même, par un arrêt du 5 février 1944³, le Tribunal supérieur du canton de Zurich charge le juge du divorce de statuer dans une nouvelle procédure (« Nachverfahren ») quant aux droits des parents sur un enfant né après le divorce et considéré comme légitime. En d'autres termes, une telle naissance (art. 252 CCS) ne constitue pas un fait nouveau au sens de l'article 157 CCS⁴. Selon Egger, la naissance d'un enfant n'exige aucune disposition judiciaire si le jugement de divorce a déjà réglé le cas expressément ou tacitement (par l'attribution de tous les enfants). Sinon, le jugement doit être complété. Une modification n'est possible que si le jugement contient déjà des dispositions à ce sujet⁵.

La distinction entre un fait nouveau et un fait qui ne l'est pas peut présenter certaines difficultés. Comment qualifier par exemple le fait qu'après quelques années l'entente n'est plus réalisable entre les ex-époux, alors qu'elle existait au moment du divorce sur le point précis du droit de visite? Cette entente avait été éprouvée à un point tel que le juge du divorce avait cru pouvoir s'y fier en homologuant une convention ne réglant les relations personnelles que dans leurs grandes lignes. Dans ce cas, la demande du « visiteur » tendant à une réglementation plus précise doit-elle être considérée comme une demande de complément ou comme une demande de modification du jugement? Pour le Tribunal fédéral, ce n'est pas la qualification que le demandeur donne à son action qui est déterminante, mais l'effet recherché. En l'espèce, notre Cour suprême estime que l'impossibilité d'entente doit être considérée

¹ Cf. RO 85 II 12, du 19.2.1959, résumé in *JdT* 1959, I, p. 521.

² RO 39 II 173.

³ Cf. *SJZ* 40 (1944), p. 329.

⁴ D. MICHEL précise qu'en pareil cas, l'art. 157 est inapplicable, car il ne s'agit pas d'une modification, mais d'un complément de jugement.

⁵ Commentaire de l'article 157 N. a 8.

comme un fait nouveau au sens de l'article 157 CCS¹. Cette interprétation de la notion de « fait nouveau » nous paraît très souple, et elle en élargit passablement le champ d'application.

Appelé de son côté à préciser la notion de « demi-jour » sur laquelle les parents ne s'entendaient plus, le Tribunal supérieur de Zurich a décidé qu'on était simplement en présence d'une demande d'interprétation de la volonté du juge, et non d'une action en modification fondée sur l'article 157 CCS.

Enfin, même si le « fait nouveau » était prévisible à l'époque du divorce, l'action en modification de l'article 157 n'est pas exclue². En effet, la probabilité, même assez grande, d'un événement ne permet pas au juge d'en tenir compte dans son jugement. C'est sur un fait et non sur une hypothèse qu'il se base. Le juge doit statuer « sans tenir compte de l'éventualité où les circonstances viendraient à changer. Pour cette éventualité, l'action prévue à l'art. 157 demeure réservée. Il n'est pas licite de trancher dès l'abord comme si le changement s'était déjà produit, de telle sorte que, s'il ne se produisait pas en réalité, une demande en modification du jugement devrait intervenir.³ »

Toutefois, dans l'intérêt même de l'enfant, on doit tenir sa simple mise en danger pour un fait nouveau qui permet d'intervenir au sens de l'article 157⁴.

Des termes mêmes de cette disposition il résulte, d'une part, que seuls des faits nouveaux d'une certaine importance peuvent entraîner la modification et d'autre part, que les exemples donnés ne sont pas exclusifs⁵. Ils ne sont pas non plus impératifs⁶.

La plupart des auteurs et des tribunaux estiment qu'une modification n'est possible que si des faits nouveaux l'imposent de manière impérieuse⁷. Cette exigence se justifie certainement pour un retrait ou un transfert de la puissance paternelle ou de la garde. Elle protège l'enfant contre tout déracinement qui n'est pas absolument nécessaire et conforme à son intérêt. En revanche, des conditions aussi sévères ne devraient pas empêcher ou retarder

¹ RO 81 II 313 ss.

² Cf. BIZR 1936, N. 172.

³ RO 65 II 129 ss, résumé de tête.

⁴ Cf. RO 85 II 12, ainsi résumé in *JdT* 1959, I, p. 521 : « ... Par faits nouveaux, il faut entendre non seulement ceux qui sont survenus depuis le premier jugement, mais aussi ceux qui, selon toute vraisemblance, se produiront dans un avenir plus ou moins rapproché. » N'y a-t-il pas là contradiction avec RO 65 II 129 ss ?

⁵ Cf. RO 85 II 12 ss.

⁶ Cf. RO 54 II 71 ss.

⁷ H. HINDERLING formule ainsi ces conditions : « ... Hiezu ist jedoch nach Art. 157 Voraussetzung, dass sich die Verhältnisse so wesentlich geändert haben, dass eine Beibehaltung der bisherigen Regelung zu einer erheblichen Schädigung des Kindesinteresses führen würde » (p. 126) ; cf. aussi EGGER, Art. 157, I, 4 ; D. MICHEL, p. 36-37 ; BIEDERMANN (I), p. 50 ; PICOT, p. 84 a ; SEEGER, p. 207 a ; ATF du 30.5.1912, in *JdT* 1913, I, p. 130 ss ; RO 54 II 71 ss ; 53 II 189 ss ; 85 II 12 ss.

une modification du droit de visite. L'intérêt de l'enfant, souvent difficile à établir, serait mieux protégé si les relations personnelles pouvaient être adaptées et modifiées avec plus de souplesse que celle qu'on rencontre habituellement. Il est vrai que les exemples de jurisprudence concernent le plus souvent le transfert ou le retrait de garde ou de puissance paternelle précisément. Du fait que les tribunaux spécifient chaque fois que ce genre de modification doit satisfaire à de telles exigences¹, on pourrait déduire *a contrario* qu'une modification moins importante, telle celle du droit de visite, ne doit pas remplir des conditions aussi sévères.

Les questions de fond rejoignent ici les questions de forme, et en définitive on peut s'en prendre aussi bien au fait que seuls des motifs impérieux justifieraient une modification du droit de visite qu'au principe selon lequel, en Suisse, c'est le juge et non l'autorité tutélaire qui est compétent en cette matière.

Le Code civil suisse indique, parmi les causes propres à justifier une modification du droit de visite « des faits nouveaux, tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère » (art. 157).

Le cas du départ de l'un des parents a été examiné à propos des mesures protectrices dont bénéficie le droit aux relations personnelles (cf. ci-dessus, p. 108).

Il est fréquent, après le divorce, que l'un des parents ou les deux se remarient. Il est assez rare qu'ils se remarient entre eux. Jusqu'à quel point ces remariages justifient-ils une organisation différente du droit de visite? En principe, le droit aux relations personnelles n'est pas affecté par le remariage du détenteur de la puissance paternelle. Pour des raisons particulières, un retrait ou un transfert de la puissance paternelle avec mise sous tutelle peut pourtant intervenir². Le droit de visite doit être adapté aux nouvelles circonstances si l'enfant est confié à un tiers. L'ex-détenteur de la puissance paternelle bénéficie dorénavant d'un droit de visite basé non plus sur l'article 156 CCS, mais sur les articles 283 ss CCS qui déterminent la compétence de l'autorité tutélaire. Le cas échéant, le droit de visite dont bénéficiait l'autre parent est modifié et restreint, de façon, par exemple, que l'enfant n'ait pas à consacrer aux visites une trop grande part de ses loisirs. Une modification peut aussi se justifier lorsque le nouveau gardien de l'enfant habite un lieu plus éloigné. Si l'enfant doit vivre dorénavant dans un établissement, le

¹ Cf. par exemple les termes du Tribunal fédéral: « Le dispositif relatif à l'attribution des enfants ne doit être modifié que s'il existe des motifs pressants et graves de le faire », *JdT* 1913, p. 130 ss, Arrêt du 30.5.1912.

² Pour incapacité pédagogique grave, insuffisance morale du nouveau conjoint par exemple; pour favoritisme dangereux à l'égard des enfants d'un précédent mariage de celui-ci. Et, d'une manière générale, quand le nouveau conjoint a joué un rôle important dans la ruine du mariage dont l'enfant est issu.

règlement interne de celui-ci s'applique pratiquement au droit de visite. En cas de transfert de la puissance paternelle, on assiste aussi, en principe, à un transfert du droit de visite dont la réglementation incombe au juge.

Le remariage du parent titulaire du droit de visite ne justifie qu'exceptionnellement et indirectement le retrait ou le transfert de la puissance paternelle¹. Il peut en revanche exercer une grande influence sur le droit aux relations personnelles, particulièrement lorsque le nouveau conjoint est responsable du divorce. S'il n'est pas supprimé, le droit de visite doit alors être aménagé de sorte qu'il s'exerce en l'absence de cette personne. Sa présence pourrait en effet troubler et révolter l'enfant, s'il sait le rôle qu'elle a joué. Il peut aussi arriver que l'enfant éprouve un profond ressentiment à l'égard du parent qui se remarie dans ces conditions. Ne pas en tenir compte pourrait lui porter préjudice.

Les remarques précédentes restent valables pour le remariage des deux parents avec des tiers. Cette nouvelle situation, plus complexe, incitera à davantage de prudence. Une étude attentive des nouveaux milieux familiaux précèdera la réorganisation des relations personnelles entre parents et enfants.

Quand les deux parents se remarient entre eux, la puissance paternelle renaît pour celui qui en avait été privé par le jugement de divorce, à condition toutefois que le retrait n'ait pas été prononcé comme mesure tutélaire².

Lorsque le parent qui exerce la puissance paternelle décède, l'autre peut demander d'être réintégré dans ce droit qu'il a perdu par jugement de divorce. La réintégration n'est pas automatique et si des motifs valables s'y opposent, une tutelle est instituée. La question du droit de visite reste posée³ si le parent survivant n'obtient même pas la garde de l'enfant. Une modification de l'organisation des relations personnelles peut alors intervenir. Ainsi, lorsque la nouvelle résidence de l'enfant est plus éloignée que la précédente. Il y a lieu par exemple d'élargir le droit de visite lorsqu'il est dans l'intérêt de l'enfant de se sentir mieux entouré par son parent survivant à qui cependant la garde ne peut être confiée⁴.

Par sa réintégration dans le droit de garde, le parent survivant perd son droit de visite, les relations personnelles lui étant désormais assurées par la vie en commun avec l'enfant.

¹ En effet, l'influence du nouveau conjoint ne s'exerce sur l'enfant que durant les visites et les séjours qu'il effectue chez le parent remarié. Cependant, un transfert de la puissance paternelle ou de la garde peut se justifier lorsque le remariage de ce parent crée un foyer dont l'enfant a un profond besoin. Dans ce sens, cf. un arrêt très intéressant du Tribunal cantonal des Grisons, du 21.1.1960, in *PKG* 1960, p. 21-24.

² Cf. une décision du Département de justice de Bâle-Ville du 31.12.1959, in *BJM* 1960, p. 72 et *RD* 1961, p. 94 ss; *EGGER*, Art. 157, N. 5, et 368, N. 13.

³ Dans ce cas, elle doit être considérée dans le cadre des articles 283 ss *CCS*.

⁴ Parce que son nouveau conjoint partage une lourde responsabilité dans le divorce, ou parce qu'il risque de trop favoriser ses enfants d'un précédent mariage.

Essentiellement personnel, le droit de visite n'est pas transmissible. Il s'éteint avec son titulaire.

À côté des faits nouveaux énumérés à l'article 157 CCS, il en est d'autres qui permettent une modification du droit de visite. Certains surgissent chez le titulaire de ce droit. S'ils justifiaient le retrait de la garde ou de la puissance paternelle, le droit de visite devrait être modifié en conséquence. Peu importe que le bénéficiaire du droit soit ou non responsable, la modification n'étant pas destinée à punir tel ou tel comportement — le droit pénal, ou les sanctions pénales prononcées par le juge civil sont là pour ça — mais à garantir la protection de l'enfant. Ce qui est déterminant, c'est le risque que présente tel comportement pour l'enfant. Citons par exemple la négligence grave, passagère ou chronique, une conduite immorale, une condamnation pour délit infamant, un emprisonnement, une profession de caractère douteux, l'insalubrité du domicile, une maladie contagieuse ou mentale, la tentative de dresser l'enfant contre l'autre parent, etc.

Certaines causes de modification résident chez l'enfant lui-même : sa santé délicate, un placement dans un établissement hospitalier ou éducatif — dont le règlement modifie en fait, sinon en droit, la réglementation prévue par le juge. Le simple développement de l'enfant exige certaines adaptations : Un père par exemple ne pourra plus recevoir sa fille durant les week-ends ou pour des séjours s'ils ne dispose pas de la place nécessaire, alors qu'il le pouvait quand elle n'était qu'une fillette. Les visites ne comprendront plus désormais la « nuitée » chez lui. Le contraire est aussi possible : Lorsqu'il a grandi, l'enfant peut passer plus de temps chez le parent visiteur, puisqu'il dépend moins étroitement de la personne — la mère en général — qui lui prodigue habituellement ses soins¹.

Si les juges du divorce prévoient couramment les modifications inhérentes à l'évolution de l'enfant en fixant d'emblée un montant de pension variant avec l'âge, ils ignorent généralement cette évolution dans l'organisation du droit de visite². Doit-on alors considérer la survenance des vacances scolaires comme un fait nouveau au sens de l'article 157 CCS, lorsqu'elle nécessite une nouvelle répartition des visites et des séjours ? Ne faut-il pas plutôt voir dans le silence du juge à ce propos une lacune à laquelle il doit remédier lui-même ? Incapable de prévoir toutes les situations qui se présenteront, le juge du divorce devrait pourtant tenir compte des vacances scolaires comme d'un fait connu longtemps à l'avance, dans son principe tout au moins. Il pourrait en déléguer la répartition à l'autorité tutélaire, selon une proportion qu'il fixerait éventuellement d'avance. Cela éviterait aux parties de procéder à nouveau, soit par la voie de l'action en modification (selon l'article 157 CCS),

¹ Cf. par exemple *Sem. Jud.* 1922, p. 378 ss.

² Cf. cependant *BIZR* 48 (1949), N. 49 et 51, p. 92 et 94.

soit par celle de l'action en complément du jugement de divorce, pour laquelle le juge du divorce reste compétent¹.

En Allemagne, le § 1696 BGB permet au tribunal de tutelle de modifier en tout temps les dispositions qu'il a prises s'il l'estime indiqué dans l'intérêt de l'enfant². Une telle modification ne doit toutefois pas dépasser ce qu'exige cet intérêt³. Sous cette réserve, le tribunal peut modifier et au besoin renouveler complètement non seulement la réglementation qu'il a prévue lui-même, mais aussi celle dont les parties sont convenues.

Le § 1634 al. 2 BGB permet quant à lui la suspension ou la suppression définitive des relations personnelles. Cette forme de modification ne doit plus simplement être indiquée par l'intérêt de l'enfant; elle doit lui être nécessaire⁴. L'atteinte profonde qu'elle porte au droit de visite en est la raison. Il sera question de cette modification au paragraphe réservé à la suspension et à la suppression du droit aux relations personnelles.

La formule allemande présente certains avantages par rapport à celle du droit suisse. Elle permet d'adapter plus rapidement et plus facilement la réglementation des relations personnelles. Les exigences légales du BGB sont proportionnées à l'importance de la modification envisagée, alors que, dans leur interprétation de l'article 157 CCS, les auteurs et les tribunaux suisses soumettent aux mêmes conditions toute modification du jugement de divorce. Ce manque de souplesse et l'importance de l'action qu'il faut intenter garantissent certainement moins bien l'intérêt de l'enfant que ne le font le BGB et la procédure allemande.

¹ Dans un conflit portant sur la répartition des vacances, l'action du demandeur en complément de jugement de divorce n'a pas été admise comme telle par le Tribunal fédéral, mais comme une action en modification. En l'espèce, notre Cour suprême a considéré l'impossibilité d'accord entre les parents comme un fait nouveau au sens de l'art. 157 CCS, cf. *RO* 81 II 313 ss.

² § 1696 BGB: « Das Vormundschaftsgericht kann während der Dauer der elterlichen Gewalt seine Anordnungen jederzeit ändern, wenn es dies im Interesse des Kindes für angezeigt hält. »

³ Cf. par exemple OLG Karlsruhe, 11.4.1957, in *Zentralblatt* 1957, p. 247-248. Ce qui ne signifie pas que le tribunal de tutelle doive se limiter à quelque modeste modification. Il peut par exemple permettre au père d'emmener l'enfant chez lui, alors que cela n'était pas prévu précédemment. Par contre, prévoir que l'enfant passera désormais la nuit chez son père pour obvier aux difficultés faites par la mère dépasse les limites de ce qui est nécessaire. Schnitzerling donne d'autres précisions sur ces modifications: Il ne faut pas que l'éducation de l'enfant souffre des visites. Or, elle peut déjà être faussée par un séjour de vacances chez le bénéficiaire du droit, même s'il est bref. Que l'ayant-droit soit responsable ou non, le tribunal doit prévoir une autre réglementation: écourter le séjour ou désigner un curateur *ad hoc*. Si c'est la santé de l'enfant qui est menacée, des mesures adéquates doivent être prises; in *FamRZ* 1958, p. 446-447.

⁴ § 1634, al. 2 BGB: « Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschliessen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. » Le § 75 EheG permettrait ces mesures déjà lorsqu'elles servaient l'intérêt de l'enfant: « ... wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient ».

La décision judiciaire relative aux droits de garde et de visite présente un caractère essentiellement révocable en France aussi. Pour que le juge modifie les mesures qu'il a précédemment ordonnées, il faut d'abord que des circonstances nouvelles surviennent. Les décisions du juge « obéissent ... aux circonstances et il doit en être ainsi, car l'intérêt de l'enfant, seul guide du magistrat en cette matière, est chose extrêmement nuancée et mouvante. ¹ » Pour justifier la modification, il faut, dit M. Gaston, « que le mineur puisse trouver un avantage dans le changement sollicité » ². Il va même de soi, selon MM. Planiol et Ripert, « que les modifications ne seront accordées que si elles sont dans l'intérêt de l'enfant » ³.

Les tribunaux paraissent plus exigeants encore en matière de modification. Bien que les attributions et les compétences du tribunal pour enfants soient différentes de celles d'une juridiction civile ordinaire, on peut dégager de certains cas d'application de l'Ordonnance du 23 décembre 1958 les conditions auxquelles la jurisprudence soumet généralement une telle modification ⁴. Il faut que la « demande ... repose sur des faits nouveaux graves, précis, sérieux, solidement établis et fondés mettant en péril l'équilibre physique ou psychique du mineur, son action devant être essentiellement centrée sur ledit mineur et non sur les parents... » ⁴.

§ 2. LA LIMITATION DU DROIT DE VISITE

Cette mesure ne peut être prononcée qu'en fonction d'une organisation antérieure. Elle est donc un cas particulier de la modification dont il a déjà été question. Ainsi, une « limitation » du droit de visite ne correspond pas à un « droit de visite limité », notion relative plutôt à l'organisation initiale des relations personnelles. Elle n'est pas non plus le contraire du « droit de visite illimité » que certains tribunaux, en France plus particulièrement, jugent bon d'accorder parfois.

Dans les paragraphes relatifs à l'abus et à la modification du droit de visite, on a déjà, naturellement, fait allusion à sa limitation. Le fait, par exemple, d'imposer à son bénéficiaire la présence (ou l'absence) d'un tiers

¹ L. GASTON, p. 87; cf. aussi MM. MAZEAUD, p. 1445, N. 1499; GUIHO, N. 22; PLANIOL et RIPERT (I), p. 644, N. 1884.

² L. GASTON, p. 87, qui cite un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 12.2.1913.

³ PLANIOL et RIPERT (II), p. 535, N. 655.

⁴ Cf. par exemple un jugement du Tribunal pour enfants de Marseille, Ch. du conseil, 4.3.1960, in *Dalloz* 1960, J. p. 255-256 : Ce Tribunal examine d'abord s'il est compétent. Pour cela, il faut que la demande ne soit « pas essentiellement dictée par une animosité persistante régnant entre les deux anciens époux ». La compétence de ce Tribunal est aussi limitée aux situations nouvelles qui requièrent une intervention rapide, situations qui peuvent être le fait soit des parents, de l'enfant ou de tiers.

durant les visites, d'exiger que les rencontres aient lieu à tel ou tel endroit, représente une diminution sensible de ce droit.

La limitation envisagée ici a un caractère particulier : Elle n'est pas apportée à la « qualité » des relations, mais à leur durée, à leur fréquence. Elle est sur le chemin de la suspension ou de la suppression que le droit allemand distingue des autres cas de modification. Connaissant la ténacité du bénéficiaire de ce droit à en défendre l'exercice et les conditions sévères auxquelles est soumise toute modification, on imagine aisément que seuls des motifs très précis, sérieux, solides, permettront l'application d'une telle mesure. Une fois encore, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant est de la première importance. C'est dire qu'une diminution du droit de visite, très souvent souhaitable, est parfois difficile à obtenir. En effet, s'il est relativement aisé de prouver que, dans l'intérêt de l'enfant, les visites devraient être limitées, il est beaucoup plus difficile d'établir que cet intérêt exige vraiment cette limitation. Dirigée contre un « droit » que la loi consacre, la demande d'une limitation simplement utile à la protection de l'enfant n'a guère de chance d'aboutir. Il n'y a malheureusement pas équivalence entre les notions de « droit aux relations personnelles » et d'« intérêt de l'enfant », et trop fréquemment encore, la seconde doit céder le pas.

La réduction ne doit pas être utilisée comme moyen de pression ou de répression contre le titulaire qui abuserait de son droit. Elle n'intervient qu'après l'échec des autres moyens ou lorsque, d'emblée, ils paraissent vains. Son but, qui est d'assurer la protection de l'enfant, en détermine les limites. Toutefois, il faut éviter que par sentimentalité ou par faiblesse, ou pour sauvegarder les intérêts de l'ayant droit, elle reste en deçà de ces limites. Malgré les difficultés qu'elle comporte, la détermination de l'intérêt de l'enfant n'est pas impossible, serait-ce avec une certaine marge d'incertitude. Refuser une modification sous prétexte qu'on ne peut préciser suffisamment cet intérêt serait regrettable.

Il faut faire preuve de fermeté non seulement à l'égard de l'ayant droit, mais parfois aussi envers l'enfant lui-même. C'est en effet le résultat recherché à longue échéance qui est décisif, et non l'effet immédiat. Et si parfois on impose à l'enfant des visites auxquelles il s'oppose, afin, comme on le prétend, de ménager son intérêt futur, il faut aussi, pour la même raison, que ces visites puissent être limitées. Peu importe dans ce cas que cette mesure paraisse injuste à l'enfant, s'il est encore incapable de réaliser le danger que comporte pour lui la « démagogie » du parent visiteur¹. Une limitation s'impose aussi lorsque l'enfant est conscient du double rôle qu'on lui fait jouer et de l'enjeu qu'il représente, et qu'il exploite cette lutte d'influence,

¹ Quand celui-ci se donne le beau rôle et use par exemple de ses possibilités matérielles et de son influence pour détacher l'enfant du parent gardien, sinon pour le dresser contre lui.

ses bonnes grâces étant malheureusement achetées à n'importe quel prix.

Mais c'est surtout à l'encontre du « visiteur » qu'il faut être ferme. Cette attitude, loin d'exclure toute compréhension implique au contraire un réel effort de persuasion, de collaboration, pour éviter si possible de le placer tout à coup devant une décision brutale. La limitation des relations personnelles est souvent considérée et ressentie comme une mesure cruelle et injuste par celui qu'elle atteint. On ne doit pas rester indifférent devant cette douleur et la révolte qu'elle engendre. Et cela tout particulièrement lorsque la mesure n'est pas motivée par une faute ou un comportement répréhensible de l'ayant droit.

Une réduction du droit de visite peut paraître injuste au père qui épouse la femme responsable du divorce. Il considère que le ressentiment de l'enfant à son égard, mais surtout à l'égard de sa nouvelle femme, traduit la haine et la jalousie de la mère de l'enfant. Même si cela paraît difficile, il faut lui présenter cette mesure comme nécessaire au bien de l'enfant, destinée avant tout à sauvegarder son équilibre moral et physique. Envisagée sous cet angle, elle sera peut-être moins mal acceptée, surtout lorsque, sans faire de vaines promesses, on peut laisser entendre à l'intéressé que la limitation est momentanée et qu'elle sera rapportée dès que les circonstances le permettront. Par exemple lorsque l'enfant aura recouvré la santé, que son équilibre se sera amélioré, qu'il résistera mieux à une alternance d'influences contraires, ou lorsqu'un cap difficile de son éducation aura été franchi. La levée de cette mesure peut dépendre aussi du fait que le bénéficiaire frappé par cette limitation aura lui-même recouvré la santé, qu'il se sera calmé, qu'il se sera corrigé de tel vice, qu'il acceptera d'observer scrupuleusement la réglementation des visites prescrite par le juge dans l'intérêt de l'enfant, que le conflit qui subsiste avec le parent gardien se sera apaisé.

Si c'est à l'occasion des visites que l'enfant souffre plus particulièrement de la tension qui persiste entre ses parents, l'alternative peut être la suivante : Ou bien on retire l'enfant au parent gardien et on le confie à un tiers, ou bien on limite sensiblement le droit de visite. Dans le premier cas, il y aurait retrait — momentané ou durable — du droit de garde ou de la puissance paternelle et organisation d'un droit de visite en faveur de celui qui en est privé. Mais, placé chez un tiers, l'enfant doit y vivre dans une certaine quiétude, indispensable à son développement harmonieux. Il n'est donc pas question que chaque semaine, alternativement, il reçoive la visite de ses parents ou doive se rendre chez eux. Il doit disposer au minimum de deux dimanches de repos par mois. Autrement dit, le droit de visite initial est lui aussi limité : De deux rencontres mensuelles par exemple, il est ramené à une visite, ou moins, et de plus courte durée. Malgré cette précaution, l'enfant est désormais partagé entre trois influences différentes, dont deux réciproquement hostiles.

On assiste à une transformation du droit de garde (ou de la puissance paternelle) en un droit de visite et à une notable diminution du droit de visite initial. Dans certains cas, cette solution est à l'honneur du parent « visiteur » qui la propose. Mais elle peut aussi révéler qu'il cherche moins à sauvegarder l'intérêt de l'enfant qu'à priver son ex-conjoint de la garde ou de la puissance paternelle. Le choix de cette solution prouverait que la désignation initiale du parent gardien était malheureuse. Le tribunal ne doit y recourir que pour des motifs impérieux, tant il est vrai qu'on ne retire un enfant de son milieu familial (« naturel » ou autre) qu'à la dernière extrémité, surtout s'il a déjà connu des perturbations.

La seconde solution est souvent préférable. D'une part, parce que le retrait de la puissance paternelle ou de la garde ne doit intervenir que pour des motifs beaucoup plus graves que la limitation du droit de visite; d'autre part, parce qu'en cas de conflit entre le droit de garde (ou la puissance paternelle) et le droit de visite, le premier doit l'emporter.

Quelques exemples de limitation au sens où nous l'entendons ici figurent déjà au paragraphe de la modification. Fréquentes sont en effet les « modifications » qui comportent simultanément une certaine limitation¹, et fréquentes sont aussi les « limitations » accompagnées d'une autre modification. Les visites peuvent par exemple être limitées en nombre et en durée, tout en étant soumises à la surveillance d'un tiers, en tel ou tel lieu, ou sous tout autre réserve. Une limitation de temps exclusivement ne se justifie et n'est possible que si elle suffit à elle seule à protéger l'intérêt de l'enfant. De tels exemples sont de ce fait assez rares. En effet, réduire de moitié le nombre des visites mensuelles ne suffit pas à supprimer la mauvaise influence de leur bénéficiaire. Si tel est le motif de la limitation du droit de visite, il faut dorénavant qu'un tiers participe aux rencontres. Par contre, une simple limitation éviterait souvent à l'enfant la fatigue excessive de déplacements trop fréquents tout en favorisant une meilleure implantation dans son nouveau milieu familial où il doit jouir de repos et de loisirs. Ces « avantages » considérés comme naturels dans une famille normale, ne suffisent pas toujours à obtenir la limitation souhaitée. C'est regrettable, car à plus ou moins brève échéance l'enfant en souffrira. En outre, c'est violer ses droits les plus légitimes. Une telle mesure devrait être obtenue sans difficulté et en particulier sans qu'il faille attendre qu'une fatigue excessive en prouve la nécessité.

Parmi les causes de limitation citées par les auteurs et les tribunaux, on trouve l'alcoolisme, la maladie mentale² (dans les cas graves, les visites pourront être suspendues), la cohabitation du titulaire avec le responsable du

¹ Cf. par exemple *RdT* 1959, p. 138.

² Cf. A. LANDOLT, p. 73-74; GIGON, p. 104.

divorce, l'incompréhension de certains problèmes éducatifs¹, le manque de place pour loger décemment l'enfant².

Une fois encore, il faut se garder de généraliser la valeur de tels exemples : S'ils appellent parfois une suppression totale des visites, ils peuvent aussi ne pas menacer le bien de l'enfant et ne justifier aucune modification.

Exceptionnellement, on admet que le non-paiement de la pension due par le visiteur autorise une limitation du droit de visite³.

§ 3. LA SUSPENSION DU DROIT DE VISITE

Cette mesure peut intervenir aussi bien lors de l'organisation initiale que dans le cadre d'une modification du droit de visite. Par définition, elle est prononcée à titre temporaire. Elle prélude parfois à une suppression définitive.

Il peut paraître paradoxal de parler d'une suspension du droit de visite déjà lors de son attribution et de son organisation, avant même qu'il ne soit exercé. C'est pourtant une solution intéressante et à laquelle on devrait recourir plus souvent. Les éducateurs et les médecins la recommandent avec raison lorsque le divorce a été une véritable lutte (« Kampfscheidung ») et que les parents restent ennemis. Passant de l'un chez l'autre à l'occasion des visites, l'enfant est troublé et il souffre de cette hostilité. Les « révélations » que ses parents ne manquent pas de lui faire, au mépris des conseils et des interdictions qu'ils ont reçus à ce sujet, les remarques désagréables, les attaques directes ou voilées, les allusions cruelles ou ambiguës ne le laissent pas indifférent. Il faut épargner à l'enfant ces épreuves supplémentaires et injustes en le maintenant à l'écart du conflit jusqu'à son apaisement. Le seul moyen efficace consiste en la suspension des relations personnelles. L'apaisement peut être évalué par le juge ou par une personne (ou un service) qu'il charge de cette mission. Une véritable éducation des parents sera peut-être nécessaire.

La suspension des relations personnelles peut intervenir avant le divorce déjà, dans le cadre des mesures provisoires⁴. Si cette mesure s'avère insuffisante, il ne faut pas hésiter à soustraire totalement l'enfant à l'atmosphère de crise qui précède le divorce et le confier à un tiers⁵. L'enfant ne réintégrera

¹ *RdT* 1959, p. 138.

² A. LANDOLT, *ibid.*

³ Cf. KISTLER (II), p. 128 ss.

⁴ « ... Die Verfeindung der Ehegatten kann aber einen Ausschluss des Besuchsrechtes während des Prozesses als nötig erscheinen lassen... », E. ETTER, p. 57.

⁵ Dans ce sens, cf. Genève, Cour de justice civile, 18.3.1960, dont la *Sem. Jud.* de 1961 donne des extraits aux p. 126-127 : « ... Il est exact, comme le relève l'appelante, que la jurisprudence a posé le principe que, sauf contre-indication évidente, les enfants devaient être

le foyer de celui qui s'en voit confier la puissance paternelle et la garde que lorsque les passions se seront calmées, ce qui est loin de correspondre avec le moment où le conflit trouve une solution sur le plan juridique.

La situation est très semblable lorsque le procès de divorce se caractérise par une lutte serrée en vue d'obtenir la puissance paternelle ou tout au moins la garde. Dans ce cas, il est évident aussi que l'exercice du droit de visite par celui qui a « perdu » les enfants peut leur porter préjudice. Une suspension des relations personnelles peut alors se justifier.

Les motifs d'une suspension peuvent résider aussi bien chez l'enfant que chez le bénéficiaire du droit aux relations personnelles. Lorsque l'enfant traverse une phase critique de son développement et que le contact avec le bénéficiaire des visites est la source de difficultés supplémentaires, les relations doivent être suspendues jusqu'à ce que le tournant délicat soit franchi. Elles doivent l'être aussi quand l'enfant est délicat ou malade et que tout choc, toute contrariété, toute fatigue le trouverait particulièrement sensible.

Si le « visiteur » ne comprend pas ou n'admet pas la nécessité d'une suspension, le (parent) gardien a le devoir de s'adresser au juge pour l'obtenir. Cela ressortit à ses obligations de titulaire du droit de garde ou de la puissance paternelle.

Par la force des choses, les visites sont suspendues lors des déplacements du gardien s'ils sont d'une certaine durée et s'il est dans l'intérêt de l'enfant de l'accompagner. De même quand l'enfant effectue un stage de formation professionnelle à l'étranger, s'il est hospitalisé, etc. Il n'est pas indispensable dans ces circonstances de faire approuver judiciairement ces suspensions de fait. Si les intéressés ne s'entendent pas sur un éventuel remplacement des visites ainsi supprimées, c'est le juge qui prononce, à la demande du titulaire du droit. D'une manière générale, de telles compensations ne doivent pas être accordées, à moins qu'elles ne soient dans l'intérêt de l'enfant, ou que seul le bénéficiaire du droit de visite ait été privé de l'enfant ¹.

C'est bien souvent du côté du titulaire du droit aux relations personnelles qu'existent les motifs de suspension. Les visites n'auront pas lieu par exemple

confiés à la garde de l'un de leurs parents, étant admis que tel est, dans la règle, l'intérêt des enfants pour qui le choc affectif que représente la séparation de leurs parents est atténué s'ils continuent à vivre avec l'un de ceux-ci. Toutefois lorsque des circonstances particulières il résulte que, contrairement à la règle, l'intérêt des enfants n'est pas d'être confiés à l'un des parents, le Tribunal ne doit pas hésiter à confier la garde des enfants à un tiers gardien. Tel sera le cas, tout spécialement en matière de jugement sur mesures provisoires, lorsque l'animosité entre les parents est telle que l'on doit, pour assurer le repos d'esprit et la paix des enfants, les éloigner autant que possible de l'un et de l'autre époux pendant la durée du procès. Tel pourra être le cas aussi lorsque l'un des parents cherchera à se faire des enfants des alliés dans sa lutte contre son conjoint et à les détourner de l'autre parent... »

¹ Le gardien de l'enfant n'a pas, lui non plus, de compensation pour la période où l'enfant a vécu loin de chez lui.

aussi longtemps qu'il ne disposera pas d'une installation lui permettant de recevoir l'enfant décemment. La profession moralement condamnable de l'ayant droit, ses relations douteuses, ses habitudes malsaines peuvent aussi motiver une suspension des relations personnelles. De même son hostilité à l'égard du gardien, les perturbations qu'il apporte à l'éducation de l'enfant, son obstination à contrevenir aux dispositions qui assortissent son droit : retour tardif de l'enfant, fréquentation de débits de boissons alcoolisées ou de spectacles immoraux, etc.

La maladie de l'ayant droit justifie aussi cette mesure : « ... lorsque le parent qui n'a pas la garde est atteint d'une maladie contagieuse et le reconnaît, en faisant lui-même état pour demander une réduction de la pension alimentaire, il échet d'ordonner une expertise médicale, sous réserve du consentement de l'intéressé, pour rechercher si l'exercice de son droit de visite présente un danger pour l'enfant. — Et jusqu'à ce qu'il soit statué après dépôt du rapport, il échet de suspendre provisoirement le droit de visite »¹. « ... Il ne paraît pas superflu d'ajouter pour justifier l'atteinte que la Cour, dans l'espèce actuelle, a le devoir de porter, encore que temporairement, à un droit qui est à juste titre considéré comme sacré dans son principe, que certains parents soucieux de la responsabilité morale qu'ils encourent et bien que vivant en parfaite union conjugale, s'interdisent d'eux-mêmes ou sur les conseils des autorités médicales, tout contact avec leurs enfants, leurs parents ou leurs proches par crainte de la contagion de la maladie dont ils se savent affectés. »²

Une suspension se justifie aussi lorsque le titulaire du droit de visite, par chicane, fainéantise ou mauvaise volonté, ne s'acquitte pas de son obligation alimentaire envers l'enfant. Un tel comportement est peu compatible avec le maintien de relations personnelles, car il porte atteinte à l'intérêt de l'enfant.

En Suisse, plusieurs auteurs sont favorables à la suspension du droit de visite et les tribunaux l'appliquent dans certaines des circonstances énumérées ci-dessus. Le Tribunal fédéral le fait en ces termes : « Comme le remarque très justement la première instance, l'intérêt de l'enfant exigeait qu'après ces querelles où pendant des années les parties s'étaient disputé sa personne, toutes relations personnelles cessassent momentanément entre elle et les demandeurs. L'autorité tutélaire constate également, et ces constatations lient le Tribunal fédéral, que, grâce à cette séparation, l'enfant qui avait souffert dans sa santé des querelles des parties et des expertises médicales continuelles ordonnées ou demandées par les demandeurs, s'est calmée et fortifiée. Si cette situation s'affermir et si les demandeurs eux-mêmes deviennent plus raisonnables, après avoir vu rejeter définitivement les prétentions qu'ils croyaient

¹ Cour d'appel de Paris, 26.7.1950, in *Gaz. Pal.* 1950, II, J. p. 367-368 (résumé de tête).

² *Ibid.* (considérants).

pouvoir élever, il sera cependant indiqué que le défendeur ne leur rende pas impossible toutes relations personnelles avec leur petite fille... Tout cela ne serait pas compatible avec l'exercice bien compris de la puissance paternelle et avec les usages admis dans notre peuple, de sorte que les autorités pourraient être menées à intervenir, conformément à l'article 283 et ss.¹ » L'important n'est pas ici que le droit de visite soit refusé aux grands-parents, mais que les relations personnelles soient momentanément interrompues entre eux et leur petite-fille jusqu'à ce que celle-ci se soit calmée et fortifiée.

Appelé à se prononcer sur le droit de visite d'une mère naturelle, le Conseil d'Etat bernois dit en substance: L'autorité tutélaire et le préfet estiment, étant donné l'hostilité de la mère à l'égard du père et des siens, et compte tenu de ses tentatives de s'emparer de l'enfant à chaque occasion, qu'elle trouble l'éducation ordonnée et tranquille de l'enfant. Si, même pour de brefs instants on confiait celui-ci à sa mère, on ne le ferait pas sans danger pour son développement. Le Conseil d'Etat rappelle ensuite des considérations que faisait déjà Pestalozzi et que reprend la psychologie moderne. En particulier que, pour l'être humain qui grandit, la possibilité de se développer dans une famille qui incarne une unité véritable est un soutien indispensable, aussi bien moral que matériel. Conscient du conflit, l'enfant est mis en péril par les tentatives de la mère. Dans les circonstances actuelles, chaque nouveau contact avec elle augmenterait ses préoccupations morales. De ce fait, il n'y a qu'une possibilité: Suspendre le droit de visite de la mère et voir si, avec le temps, elle acquerra l'intelligence et la compréhension nécessaires... On ne peut pas douter de l'authenticité de ses sentiments maternels, mais ils doivent se soumettre aux intérêts de l'enfant, de la même manière qu'on l'attend du parent divorcé à qui n'est pas confié l'enfant². Le parallèle établi par l'autorité bernoise confirme ce que nous disions plus haut, à savoir que la suspension doit être imposée chaque fois que l'intérêt de l'enfant la demande, cet intérêt passant avant celui de l'ayant droit, quel qu'il soit³.

¹ Arrêt du Tribunal fédéral du 24.2.1928, in *JdT* 1928, I, p. 194 ss (*RO* 54 II 4).

² Conseil d'Etat bernois, 1.2.1952, in *RdT* 1952, p. 138.

³ Dans ce sens, cf. en particulier GIGON, p. 108; BÄNNINGER, p. 196-197; HÄFFTER (I), p. 161, (II), p. 44; MICHEL, p. 51; d'OKOLSKI, p. 518-520; THÜRER, p. 665 a ss: « Eine Suspendierung drängt sich namentlich dann auf und wird übrigens von den genannten Erziehern und auch etwa von Jugendämtern empfohlen, wenn die Eltern von der Scheidung her noch völlig aufgewühlt und ihre Verhältnisse noch völlig ungeordnet sind. Bieten die Kinder in solchen Fällen überdies Erziehungsschwierigkeiten (man denke an einen Generationenkonflikt zwischen Vater und Sohn oder an eine Tochter, die den Vater idealisiert und mit der Mutter schlecht steht), dann wird es notwendig sein, das Besuchsrecht zu suspendieren. Der Richter soll mit den Eltern reden und Einsicht wecken. Mit ältern Kindern soll der Richter überdies Kontakt nehmen, soll sie auf den Grund des Aufschubs der Besuche aufmerksam machen und kann ihnen wohl auch Wegleitungen für ihr Verhalten geben. Er kann damit auch einen Erzieher beauftragen... »

Le tribunal qui prononce une suspension ne peut évidemment pas en prévoir d'emblée la durée exacte. Celle-ci est fonction d'un état de fait dont l'éventuelle modification justifiera le retour aux relations normales. Cette durée n'est donc fixée que de manière relative : Jusqu'au rétablissement de l'état de santé de l'enfant, jusqu'au retour de l'ayant droit à de meilleurs sentiments, etc. Lorsqu'il estime le moment venu, le bénéficiaire « suspendu » doit-il adresser une demande au juge, ou bien celui-ci peut-il confier à l'autorité tutélaire le soin de suivre l'évolution de la situation et de décider quand le titulaire peut à nouveau exercer son droit ? Cette dernière procédure semble plus pratique et plus rapide. En outre, elle ne porte pas atteinte aux compétences du tribunal qui sera tenu au courant et au besoin ratifiera cette décision ¹.

§ 4. LA SUPPRESSION DU DROIT DE VISITE

Cette mesure est évidemment la plus grave que l'on puisse prendre pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi les tribunaux n'y recourent qu'exceptionnellement.

Comme l'exécution forcée, la suppression du droit aux relations personnelles est l'occasion de divergences profondes. S'il y a quasi-unanimité sur le principe de cette suppression quand l'intérêt moral ou physique de l'enfant est gravement menacé, il y a en revanche controverse quant au degré de gravité qui permet d'appliquer cette mesure. Un sérieux désaccord existe, on l'a vu, à propos de la prédominance des intérêts en jeu : Lequel doit l'emporter en cas de conflit, le droit de visite ou l'intérêt de l'enfant ? Trop souvent, quand il constate que l'« intérêt » de l'enfant est en conflit avec un « droit » légalement reconnu, le juriste est soucieux avant tout de sauvegarder une hiérarchie discutable. Tant que l'intérêt de l'enfant n'est en conflit qu'avec d'autres intérêts (intérêt par exemple des grands-parents à maintenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants), on admet qu'il l'emporte. Mais qu'il entre en compétition avec le droit de visite dûment reconnu et accordé par la loi et presque automatiquement il est écarté.

Si de nombreux auteurs et plusieurs tribunaux admettent à juste titre que le droit de visite n'est pas absolu, d'aucuns le qualifient par contre de « droit sacré », de « droit intangible dans son principe » ². Il paraît difficile de les suivre. Comment tout d'abord admettre qu'un droit puisse être sacré ? Ensuite, si cela était possible, comment reconnaître à un droit qui n'est pas absolu la

¹ Cf. par exemple Cour de justice civile de Genève, 22.5.1956, in *Sem. Jud.* 1957, p. 337 : « ... cette autorité pourra ultérieurement, sur simple proposition du gardien, confier la garde de l'enfant à l'appelante, aussitôt qu'elle offrira des garanties suffisantes pour le développement et l'éducation de sa fille. »

² Cf. Cour d'appel de Paris, 26.7.1950, *Gaz. Pal.* 1950, II, p. 367.

qualité de sacré : Un droit sacré peut-il être relatif ? Si ce droit était réellement sacré, il correspondrait le plus souvent à un autre droit, non moins sacré : Celui de l'enfant d'être aimé, soigné et élevé par ses père et mère, au sein d'une famille harmonieuse¹. Les parents qui transgressent ce droit « sacré » de l'enfant ne peuvent plus dès lors revendiquer leur droit « sacré » aux relations personnelles avec l'enfant. Le mariage devrait lui aussi être quelque chose de sacré. Or, il l'est de moins en moins, et la loi consacre sa rupture. Comment admettre dans ces conditions qu'un droit résultant de sa dissolution, le droit de visite, hérite d'une qualité (et d'une garantie) que le mariage n'a plus lui-même ? Il faut donc convenir que, ni absolu ni sacré, le droit aux relations personnelles doit être limité ou supprimé dans la mesure où il est nuisible à l'enfant.

Certains auteurs suisses, tel Tuor² interprètent l'article 156 CCS de manière trop restrictive et s'opposent à toute suppression du droit de visite. D'autres, la majorité, admettent l'application de cette mesure mais à titre tout à fait exceptionnel. Egger³ prétend que le droit de visite ne peut en principe être retiré : « Der Richter kann es ihm nicht entziehen. » Cependant, ajoute-t-il immédiatement, une suppression (Verwirkung) est possible dans les cas extrêmes, lorsque les intérêts de l'enfant l'exigent de manière absolue, par exemple lorsque, de son propre gré, l'époux a abandonné toute relation pendant des années et que désormais les enfants n'ont aucune conscience de leur affinité naturelle avec lui. Pour sa part, Gmür souligne que le droit aux relations personnelles est sans aucun doute une concession très large faite aux sentiments paternels ou maternels de celui des parents à qui l'enfant est enlevé, car en général ces relations sont propres à entretenir un sentiment partagé dans le cœur de l'enfant. Il souffrira d'autant plus des rapports anormaux entre ses père et mère qu'on les lui rappellera plus souvent. Si cet auteur n'en conclut pas expressément à la possibilité de supprimer ce droit, il estime, compte tenu des souffrances qu'il peut représenter pour l'enfant, que les relations personnelles peuvent faire l'objet d'une renonciation conventionnelle, sous réserve des articles 157 et 158 ch 5 CCS⁴.

D'autres auteurs admettent plus facilement la suppression du droit de visite. Sortant des formules générales et un peu vagues de « grave danger », « menace pour le bien de l'enfant », M. Picot écrit : « Les relations personnelles sont garanties au parent qui ne reçoit pas la puissance paternelle et elles ne

¹ Considéré sous cet angle, le droit de visite ne devrait plus avoir les parents pour bénéficiaires, mais l'enfant lui-même. Les parents auraient alors l'obligation de visite.

² Cf. *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (1953), p. 148.

³ Commentaire de l'article 156 CCS, N. 21 ; EGGER est un peu plus explicite à propos du droit aux relations personnelles accordé à la mère naturelle par l'art. 326 CCS, droit dont il admet plus facilement la suppression : Comment. de l'art. 326, 2 b.

⁴ GMÜR, Comment. de l'art. 156, N. 21.

peuvent être supprimées que dans des cas exceptionnels où il serait démontré que l'enfant pourrait avoir à souffrir de ces relations (père alcoolique, morphinomane, brutal).¹ » La formule utilisée par cet auteur est en même temps assez précise et assez souple : Selon elle, l'éventualité d'un préjudice suffit pour supprimer les relations, sans qu'il faille avoir la preuve que l'enfant souffre, ou qu'il a souffert.

Dans sa thèse plusieurs fois citée, A. Landolt admet également la suppression totale du droit de visite s'il menace le bien de l'enfant : Par exemple lorsque son bénéficiaire est un buveur, lorsqu'il mène une vie immorale, ou encore lorsqu'il se sert des visites pour dresser l'enfant contre le détenteur de la puissance paternelle dont il complique ainsi la tâche d'éducateur².

Du fait qu'une privation totale des relations personnelles constitue une atteinte très grave aux droits d'un parent, D. Michel précise que le juge ne pourra appliquer cette mesure qu'en cas de préjudice porté par le parent lui-même à l'intérêt de l'enfant³. Avec la majorité des auteurs et des tribunaux, elle admet que le défaut du paiement de la pension de l'enfant n'entraîne pas pour le coupable la suppression de son droit de visite ; elle excepte cependant avec raison le cas de non-paiement par mauvaise foi. Ce n'est pas la défaillance en soi qui motive alors cette mesure, mais le sentiment qu'il traduit à l'égard de l'enfant. On ne doit pas exiger de ce dernier qu'il visite un père ou une mère qui n'a aucun souci de son bien-être matériel.

Parmi les ouvrages traitant de ce problème délicat, non seulement sous l'angle du droit, mais encore à la lumière de la médecine et de la psychologie, figure la remarquable étude du Dr Haffter⁴, souvent citée en Suisse et à l'étranger. L'auteur y analyse en particulier les effets physiques et psychologiques des relations personnelles entre parents et enfants. Il en tire les conclusions qui s'imposent sans toutefois perdre de vue les réalités et les exigences du droit. Se gardant de toute généralisation, le Dr Haffter fait des distinctions intéressantes, en particulier selon que le droit de visite est accordé au père ou à la mère. A propos de la suppression du droit de visite de la mère pour le motif qu'elle est de mœurs légères, il invite à la prudence : Lorsqu'on se prononce sur la moralité d'une mère, il faut distinguer entre une liaison unique et stable avec un seul homme, et des relations intimes passagères et changeantes qui, à la limite, peuvent aboutir à la prostitution. Dans ce dernier cas, s'il n'y a vraiment aucune retenue sur le plan sexuel (« Haltlosigkeit »), le contact avec l'enfant doit normalement être supprimé, même si la mère fait encore preuve d'un sentiment maternel et que les enfants tiennent à elle.

¹ A. PICOT, p. 79 a.

² *Op. cit.*, p. 73-74 ; dans le même sens, cf. D'OKOLSKI, p. 520.

³ D. MICHEL, p. 51, 52.

⁴ *Kinder aus geschiedenen Ehen*, 1960.

L'instinct maternel de telles femmes n'offre aucune garantie qu'elles cachent à leurs enfants le mauvais exemple de leur conduite. S'il est certain que leur attachement instinctif peut déjà par lui-même nuire aux enfants, l'attachement à un fils peut adopter une teinte sexuelle avec une facilité toute particulière (p. 122). S'il s'agit d'enfants confiés à une famille nourricière, le Dr Haffter pense que, dans leur intérêt, on doit postuler dans certains cas la suppression rapide (« frühzeitig ») et totale du droit de visite des parents. Ceci vaut surtout lorsque les enfants sont accueillis très jeunes dans une bonne famille nourricière, lorsque l'influence néfaste des parents est objectivement prouvée et que les enfants eux-mêmes ne tiennent pas à eux, quand encore ils ne les renient pas. Si la puissance paternelle est retirée aux deux parents, la suppression du droit de visite devrait être encore plus facile (p. 128). Le Dr Haffter résume ainsi son point de vue : Pour plusieurs raisons (clairement démontrées), le droit de visite de la mère est plus précieux pour l'enfant que celui du père et de ce fait il doit être protégé davantage. Les anomalies psychiques qui interdisent en général de confier l'enfant à sa mère peuvent aussi motiver la suppression des relations personnelles dans certaines circonstances. En outre, le contact avec la mère devrait être supprimé au moment où des enfants en bas âge reçoivent une bonne « belle-mère » et que les relations de confiance avec celle-ci seraient perturbées par l'influence maternelle ¹. Quant au droit de visite du père, l'expérience a montré à l'auteur qu'il ne peut se manifester favorablement que si le conflit entre les parents divorcés s'est calmé. Dans les autres cas, il signifie pour la mère un rappel continu du mariage détruit et une émotion (« Aufwühlung ») dont souffriront à nouveau les enfants. Si l'on voulait se baser uniquement sur l'intérêt de l'enfant, il serait souhaitable dans la plupart des cas que tout contact cesse avec le père. Cependant, comme la loi prévoit expressément le droit de visite, il faut au moins faire en sorte que son déroulement comporte des ménagements pour l'enfant. Il faut insister sur le fait qu'en général la réglementation des relations prévoit des visites trop brèves et trop fréquentes chez le parent séparé. Il serait nettement plus favorable pour les enfants d'aller en visite à des intervalles plus grands, mais pour des périodes plus longues, pour quelques jours de vacances par exemple. La suppression totale des visites qui, dans les limites du droit en vigueur, n'est possible que pour des motifs très graves, devrait être appliquée plus fréquemment... Le bien des enfants exige des situations claires qui ne peuvent être prévues que par des décisions unilatérales. De parents incapables de rester unis par le mariage, on doit exiger les

¹ Cette condition est importante : le fait pour l'enfant de recevoir une bonne « belle-mère » n'implique pas en soi une rupture totale avec sa véritable mère. La rupture ne devrait intervenir qu'en cas de troubles sérieux apportés par celle-ci aux relations entre l'enfant et sa « belle-mère ».

sacrifices qu'impose la solution la moins défavorable pour l'enfant (p. 165) ¹.

Durant la procédure de divorce, dit par ailleurs le Dr Haffter, et particulièrement lorsqu'il y a lutte ² pour obtenir la puissance paternelle ou la garde de l'enfant, le droit de visite doit être limité et même complètement supprimé le cas échéant. Si plus tard il agit défavorablement sur l'enfant, il doit aussi être supprimé ³.

Souvent chargés de l'organisation pratique des visites, les responsables des Offices des mineurs constatent combien les relations personnelles peuvent compromettre le développement harmonieux de l'enfant. Il n'est pas rare que l'anxiété et le trouble que cause à ce dernier sa prochaine visite avec « l'autre » se manifeste par un comportement inhabituel quelques jours déjà avant les rencontres. Après les visites, l'enfant a parfois des insomnies, des indigestions, il adopte une attitude agressive, fait l'école buissonnière. Ces réactions sont d'autant plus violentes que les visites sont attendues avec plus d'appréhension ou ressenties plus douloureusement. Les maîtres d'école font aussi ces constatations. Dès qu'ils sont informés des circonstances familiales dans lesquelles vit l'enfant, ils savent quel sens donner à ces manifestations apparemment inexplicables, inquiétantes et que, faute de renseignements, ils seraient tentés d'attribuer au mauvais caractère ou à la mauvaise volonté de l'enfant, alors qu'en réalité il n'est qu'une victime ⁴.

Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les services de la jeunesse, les offices de mineurs et d'une manière générale tous ceux qui sont responsables de l'enseignement, de l'éducation et de la protection de la jeunesse proposent, dans les cas les plus graves, la suppression totale plutôt que le maintien d'un droit dont objectivement ils mesurent ce qu'il a de cruel, d'inopportun et de dommageable.

Le Tribunal fédéral, et à sa suite bon nombre de juridictions inférieures, ne tiennent malheureusement pas assez compte de ces vœux. En effet, notre Cour suprême a déclaré dans un arrêt du 4 avril 1946: « L'opinion de la Cour de justice (de Genève) selon laquelle le juge, en matière de droit de visite, n'a à tenir compte que de l'intérêt de l'enfant est trop absolue. Le droit de visite n'a pas été institué seulement dans l'intérêt de l'enfant mais aussi et

¹ Le même point de vue est exprimé de manière remarquable par le professeur SAVATIER, cf. ci-dessous, p. 152-153.

² HAFETER (II), p. 44.

³ Le Dr BOSSHARDT parvient aux mêmes conclusions dans sa thèse consacrée aux troubles psychiques provoqués chez l'enfant par les mesures juridiques et tutélaires en cas de divorce des parents, p. 72.

⁴ « Il en résulte surtout pour lui » — l'enfant — « un sentiment profond d'insécurité, c'est-à-dire un état d'anxiété perpétuel, qui se ravive parfois, lors d'une visite redoutée par exemple, en des crises d'agitation désordonnée et apparemment immotivées: véritables épisodes d'anxiété aiguë dont j'ai vu maint exemple », Dr C. LAUNAY, « L'enfant et la dissociation familiale », in *Sauvegarde de l'enfance*, 1957, p. 1012 ss.

même en première ligne dans l'intérêt des parents. Cela ressort clairement de l'art. 156 CC qui dispose que celui des parents auquel l'enfant n'est pas confié a le droit de conserver avec lui les relations personnelles indiquées par les circonstances. Aussi bien s'agit-il d'un droit naturel. Il ne pourrait être entièrement supprimé que s'il n'était réellement pas possible d'en régler l'exercice de manière à sauvegarder le développement physique et moral de l'enfant.¹ S'il est vrai que le Tribunal fédéral admet la possibilité d'une suppression totale — et plusieurs auteurs se réfèrent à cet arrêt pour l'affirmer — on constate, en comparant les conditions auxquelles il soumet cette suppression aux circonstances de l'espèce où il la refuse, que notre juridiction suprême est terriblement restrictive. Affirmer que ce droit naturel doit être maintenu tant qu'une possibilité subsiste de sauvegarder le développement physique et moral de l'enfant est souvent incompatible avec son intérêt bien compris.

Le comportement de la mère, prostituée professionnelle qui reçoit des individus chez elle et qui a cyniquement déclaré à son mari qu'elle était atteinte de maladie vénérienne, la fait entrer dans la catégorie des mères dont le Dr Haffter pense que, dans la règle, elles doivent être privées de tout contact avec l'enfant. En effet, son comportement n'offre aucune garantie qu'elle lui cachera l'exemple de sa mauvaise vie, quelles que soient les précautions prises. En outre, selon la Cour de justice de Genève, les enquêtes avaient démontré que cette mère était privée « de tout sens moral et avait une mentalité fort dangereuse, et que dans ces conditions elle n'était pas une mère digne de se trouver en contact, même pour quelques instants, avec son enfant »¹.

La voie ouverte par le Tribunal fédéral est inquiétante² car elle permet en effet de sacrifier l'intérêt de l'enfant à celui des parents.

Que devient alors la présomption soulignée par M^{lle} Landolt et rappelée par M. Picot selon laquelle « les tribunaux ne peuvent que partir de la présomption que les relations personnelles ne sont pas nuisibles à l'enfant, mais que ce droit ne doit être accordé que pour autant et aussi loin que la présomption n'est pas renversée et l'intérêt de l'enfant menacé... »³. Indéniablement justifiée, soutenue par la majorité des auteurs et appliquée par de nombreux tribunaux, cette présomption se trouve ici renversée en un tournemain. La seule chose qui ressorte « clairement » de l'article 156 CCS, ce n'est certes pas la prédominance de l'intérêt du parent privé de l'enfant, mais le rapport d'étroite dépendance du droit de visite avec les circonstances. C'est donc vainement qu'on cherche dans cette disposition ce qui a permis au Tribunal fédéral de l'interpréter comme il l'a fait.

¹ *JdT* 1946, p. 322 ss (*RO* 72 II 10).

² Cf. ci-dessus, p. 45-46.

³ A. PICOT, p. 82 a.

En aggravant à ce point les conditions de la suppression des relations personnelles, notre Cour suprême recule dangereusement la limite à partir de laquelle on ne peut plus, selon elle, sauvegarder autrement le développement physique et moral de l'enfant¹. Sa responsabilité est d'autant plus lourde que le nombre des divorces n'est pas près de diminuer, ni, par conséquent, le nombre des enfants qui en subiront injustement des perturbations supplémentaires. On peut même se demander si cette priorité malheureuse accordée à l'intérêt du parent privé de l'enfant n'est pas un frein de moins sur la route du divorce. Ce père ou cette mère a en effet la quasi-certitude que son intérêt l'emportera sur celui de son enfant. Sauf circonstances exceptionnelles, il pourra en « jouir » à intervalles réguliers, tout en étant déchargé des préoccupations qui caractérisent l'exercice quotidien de la puissance paternelle dans la vie familiale normale.

A côté de cet arrêt du Tribunal fédéral cité à plusieurs reprises, bon nombre de jugements et de décisions d'autorités tutélaires ont traité à la suppression des relations personnelles, sur la base de l'article 156, ou des articles 283 ss ou 326 al. 1 CCS. Leur dénominateur commun se résume ainsi : « Ces relations doivent être sauvegardées, à moins que des motifs impérieux, ayant trait aux intérêts de l'enfant, soit à son développement physique et moral, ne justifient leur limitation, voire leur suppression... »². Le droit aux relations personnelles connaît ses limites là où il viole manifestement les intérêts dignes de protection de l'enfant. Selon les circonstances, une suppression est indiquée avant tout lorsque, par leur conduite, les parents portent préjudice à l'éducation de l'enfant³.

L'exclusion momentanée ou définitive du droit aux relations personnelles est expressément prévue par le droit allemand. Alors que le § 75 EheG permettrait l'application de cette mesure si elle était « utile » au bien de l'enfant, l'alinéa 2 de l'actuel § 1634 BGB, plus restrictif, ne la prévoit que lorsque le bien de l'enfant l'exige ». Cela correspond à un certain affermissement de ce droit, parallèle à l'élargissement de son domaine d'application. Cela est conforme également à une tendance générale du législateur⁴ et à l'interprétation

¹ Ce qu'il faut rechercher, c'est un développement harmonieux, et pas n'importe quel développement. L'enfant y a davantage droit encore que le parent aux relations personnelles.

² Tribunal cantonal vaudois, 30.8.1954, in *RDT* 1955, p. 141 ss.

³ Cf. Conseil d'Etat bernois, 16.11.1954, in *RDT* 1956, p. 137; « ... Er hat sich bei Ausübung des Besuchsrechtes einwandfrei zu verhalten, den Kindern ein tadelloses Beispiel zu geben und sie jeweilen rechtzeitig nach Hause zurückzuführen. Sollte sich erweisen, dass er auf die Entwicklung der Knaben einen schlechten Einfluss ausübt oder gar den Kindern mit Damenbesuch zu kombinieren trachtet, würde nicht nur die Vormundschaftsbehörde einschreiten, sondern es könnte auch das Urteil abgeändert und ihm der Kontakt mit den Kindern überhaupt untersagt werden », Tribunal cantonal des Grisons, 22.4.1959, in *PKG* 1959, p. 20-21.

⁴ Cf. OLG Karlsruhe, 22.7.1958 in *FamRZ* 1958, p. 332-333.

que certaines hautes juridictions donnaient déjà du § 75 EheG. Selon ces tribunaux, le droit aux relations devait en principe être maintenu au parent privé de la garde au titre de parcelle la plus élémentaire du droit parental, digne d'une protection toute particulière. Quant au législateur, son intention aurait été de maintenir les relations personnelles autant dans l'intérêt bien compris de l'enfant que dans celui de leur bénéficiaire. Dans ce but, il fallait éviter toute rupture qui aurait pu faire apparaître le parent privé de la garde comme un étranger aux yeux de l'enfant ¹.

Etant donné la gravité de cette mesure, le législateur allemand ne considère pas la suppression du droit aux relations personnelles comme un cas particulier du § 1696 BGB. Il en dispose dans un paragraphe particulier, le § 1634, et soumet son application à des conditions plus strictes. Les tribunaux sont en général d'accord pour affirmer que l'exclusion des relations ne doit intervenir qu'exceptionnellement, c'est-à-dire quand il est impossible de protéger autrement l'enfant ². Cette mesure est prise lorsque le « visiteur » dresse l'enfant contre l'autre parent, car une telle manœuvre aggrave le conflit dont il souffre encore. S'il est bon de maintenir la voie ouverte vers l'un et l'autre parents, il est dangereux pour l'enfant que l'un d'eux le trouble en lui faisant éprouver du mépris, de la haine ou du dégoût pour l'autre. Le danger qui menace alors le développement harmonieux de l'enfant permet d'envisager l'exclusion momentanée ou définitive de toutes relations et de supprimer ainsi l'influence néfaste du « visiteur » qui se rend coupable d'un tel comportement ³.

Comme autres motifs de suppression des relations personnelles, d'aucuns citent le cas où la conduite de l'ayant droit menace le bien de l'enfant durant les visites, d'une manière générale, le cas où il a une attitude répréhensible : alcoolisme, etc. L'exclusion ne serait alors possible que si l'enfant est conscient de la situation, c'est-à-dire lorsqu'il en souffre. Les relations personnelles peuvent aussi être supprimées quand leur titulaire a commis un délit de mœurs contre l'enfant, quand il enfreint gravement les ordonnances du tribunal de tutelle relatives au droit de visite, quand il subit une peine de détention, quand il souffre d'une maladie contagieuse. L'exclusion des relations personnelles ne doit en aucun cas servir de mesure punitive. Son but est uniquement de protéger l'enfant. Il n'y a pas besoin d'attendre qu'un dommage ait été

¹ Cf. OLG Celle, 15.4.1955, in *Zentralblatt.*, 1956, p. 138 : « ... Es ist daher grundsätzlich zu vermeiden, dass ein Kind dem nicht sorgeberechtigten Elternteil ganz entfremdet wird oder ihn, wie es hier der Fall sein würde, gar nicht kennen lernt. »

² Cf. par exemple, AmtsG. de Marburg (Lahn), 21.5.1956, in *FamRZ* 1956, p. 389-390 ; OLG Freiburg, in *Rpfleger* 1950, p. 425 ; OLG Celle, 2.12.1961 in *Zentralblatt*, 1962, p. 56 : Avant de supprimer les relations, il faut examiner en particulier si elles ne pourraient avoir lieu sous surveillance.

³ Cf. SchlHOLG, 19.2.1957, in *Zentralblatt.*, 1957, p. 276-278.

provoqué : Sa menace permet de prendre cette mesure à titre préventif¹.

Si la plupart des auteurs allemands se bornent à signaler les arrêts rendus par les tribunaux, sans prendre position ni les interpréter, quelques-uns cependant déplorent la protection excessive dont jouit le droit de visite. M. Otto estime en particulier que la volonté de l'enfant, librement exprimée, doit être prise en considération. Dès que, sans égard pour son âge, l'enfant est scandalisé par l'immoralité ou la conduite de celui de ses parents qui exerce le droit de visite, dès que, d'après ses propres observations et par sa propre réflexion il est capable de percevoir, de comprendre et d'analyser cette attitude, on doit donner suite à sa demande de rompre les relations. Il est normal, dans ce cas, que l'intérêt de l'enfant passe avant celui du bénéficiaire, car il est infiniment plus digne d'attention et de protection². Quant à M. Nowka, il a raison lui aussi de prétendre qu'on ne néglige pas impunément la volonté de l'enfant lorsque, pour des raisons valables, il refuse de se prêter aux relations personnelles. Cet auteur a pu constater que la prépondérance des intérêts de l'enfant a trop souvent été sacrifiée par suite d'une regrettable méconnaissance de l'âme enfantine de la part des organes de la puissance publique. Au lieu d'obliger le parent gardien à contraindre l'enfant, par la force s'il le faut, à se soumettre au droit de visite de l'autre parent, au lieu de le punir par une amende, on ferait mieux de prévoir clairement que l'intervention de la puissance publique doit trouver ses limites là où la contrainte exercée sur l'enfant provoque plus de mal que d'avantages. En d'autres termes, M. Nowka prétend que les relations personnelles auxquelles l'enfant s'oppose pour des motifs valables ne doivent pas lui être imposées de force, mais qu'au besoin elles doivent être supprimées. Il ajoute pour terminer : On voit la loi — qui par ailleurs, précise-t-il, ne prévoit pas un véritable droit (Recht) mais une faculté (Befugnis) — on voit un prétendu « droit » d'un parent, mais malheureusement on oublie très facilement que cette réglementation légale a été créée non pour le parent, mais pour le bien de l'enfant³.

En France, les conditions de la suppression du droit de visite, comme celles de son institution, dépendent de la jurisprudence. Selon certains jugements, relativement anciens, auxquels se réfère en particulier M^{lle} Réglade, on devrait admettre que le droit de visite, très fermement protégé, est intangible dans son principe : « ... des circonstances nouvelles se produisant, le plus souvent relatives au remariage ou à la vie scandaleuse du père ou de la mère, l'intérêt de l'enfant nécessite des modifications dans la réglementation des visites, mais le droit lui-même ne sera pas entamé. Rouen 30 juil. 1930.

¹ Cf. ACHILLES-GREIFF, § 1634 BGB, N. 9; HOFFMANN-STEPHAN, § 75 EheG, N. 5; KRÜGER-BREITZKE-NOWACK, § 1634, N. 9; PALANDT, § 1634, N. 3; RIEDEL, p. 96-97; SOERGEL, § 75 EheG, N. 9.

² GUNTHER OTTO, in *Deutsche Rechtspflege*, 1952, p. 579-581.

³ W. NOWKA, in *FamRZ* 1960, p. 218-220.

— S. 1931, 2, 119. — Gaz. P. 1930, 2, 357. — Nancy 31 déc. 1913. — Gaz. P. 1914, 1, 169.¹ » M. Guiho souligne que malgré les douloureuses querelles familiales qui souvent les entourent « les tribunaux ne croient pas pouvoir supprimer complètement les relations; ils n'attribuent pas en général à l'exercice du droit de visite une utilité primordiale pour l'enfant, mais se contentent de préciser qu'il ne présente pour lui aucun danger »². Plus loin il ajoute : « Tel est donc le droit de visite des père et mère, droit plus fort que celui des autres parents, mais qui ne saurait être absolu, et dont l'exercice peut se trouver suspendu, lorsqu'il serait très gravement préjudiciable à l'enfant. »³ »

Contrairement aux dires de M^{lle} Réglade, la jurisprudence française offre certains exemples, assez rares il est vrai, de suppression du droit de visite. Ainsi, le tribunal de Lyon a jugé que « ... lorsqu'un jugement de la chambre du conseil s'est borné à déchoir une mère de son droit de garde sans statuer sur son droit de visite, cette mère ne peut être privée de ce droit que si son exercice risque de compromettre la santé physique ou morale des enfants... »⁴. Par conséquent, que la santé de l'enfant risque d'être compromise par l'exercice du droit de visite et son titulaire en sera privé. Point n'est besoin que la santé ait déjà été compromise : un risque sérieux suffit.

La Cour d'appel de Paris nous donne un exemple du genre de motif et du degré de risque qui peuvent justifier une suppression du droit de visite : « Etant relevé que pour accorder au père le bénéfice de sa demande en divorce les premiers juges ont fondé leur décision sur les habitudes invétérées d'alcoolisme de la mère — celle-ci ayant été surprise en état complet d'ivresse, tenant des propos incohérents et laissant son jeune enfant sans soins — il y a lieu d'accueillir la demande du père tendant à la suppression du droit de visite de la mère, alors qu'en de telles circonstances et en l'état, il serait dangereux pour la santé de l'enfant, âgé de trois ans, d'autoriser au profit de cette dernière quelque droit de visite que ce soit. »⁵ »

A comparer le présent arrêt à celui du Tribunal fédéral commenté ci-dessus, on peut se demander si, en présence d'une prostituée notoire, privée de tout sens moral et de mentalité dangereuse, la Cour de Paris n'aurait pas également exclu toute relation avec son enfant. Répondre affirmativement ne paraît pas téméraire. Par contre, sur la base de son arrêt précité, on peut douter que le Tribunal fédéral aurait, lui, refusé de manière aussi nette tout droit de visite à la mère alcoolique dans les circonstances dont la Cour de Paris avait à connaître.

¹ S. RÉGLADE, p. 73.

² P. GUIHO, N. 10.

³ *Ibid.*, N. 29.

⁴ Lyon, 22.7.1953, in *Gaz. Pal.* 1954, II, table anal., p. 152.

⁵ Cour d'appel de Paris, 1^{re} ch. suppl., 5.3.1959, in *Rec. Dalloz* 1959, Somm. p. 53.

Plusieurs auteurs français confirment que dans les cas graves et sous des conditions bien précises, le droit de visite doit être supprimé. Selon Planiol et Ripert, par exemple, « le pouvoir des juges peut aller jusqu'à ... exclure complètement toute visite s'ils estiment que les circonstances l'exigent, mais il faut qu'ils le décident expressément. Le parent auquel le droit de visite est reconnu pourrait également se le voir retirer s'il ne se conformait pas aux modalités prescrites... »¹. La Cour de cassation elle-même reconnaît au tribunal le pouvoir d'interdire complètement au père ou à la mère de voir son enfant². Contrairement à M. Carbonnier³, Planiol et Ripert ne subordonnent pas cette suppression à la déchéance de la puissance paternelle.

Si elle conclut peut-être un peu prématurément à l'intangibilité du droit de visite quant à son principe, S. Réglade n'en critique pas moins la protection excessive dont il jouit : « La jurisprudence, malgré toute la souplesse de ses réglementations, va peut-être trop loin en ce qui concerne la réalisation du droit de surveillance du père ou de la mère dont l'attitude est indigne. Nous pensons que dans des circonstances particulièrement graves, les tribunaux pourraient interdire tous rapports directs entre les enfants et l'un de leurs parents : suppression des visites et correspondance sous le contrôle du gardien. Il en serait ainsi, par exemple, lorsque l'enfant connaît la vérité sur la vie particulièrement immorale de son père ou de sa mère, ou lorsqu'il subit une influence désastreuse ; mieux vaudrait alors le priver des « marques d'affection » que lui donnera peut-être ce dernier, plutôt que de lui imposer un vivant exemple mauvais. »⁴

Ce souhait, partiellement réalisé par les tribunaux français, rejoint et complète celui que le professeur René Savatier formule admirablement en faveur de l'enfant « disputé ». Son argumentation est indiscutable sur le plan juridique et les tribunaux devraient s'en inspirer plus souvent. Elle révèle en outre une connaissance et une compréhension profondes des besoins essentiels de l'enfant. On ne saurait donner plus heureuse conclusion à ce chapitre que la citation des propos de l'éminent juriste français : « ... Nous avons dit que l'une des misères de l'« enfant disputé » était faite du caractère revendicatif opposant les prétentions de ses parents. La dispute consiste en ce que chacun brandit ses droits subjectifs contre l'autre, et n'en veut rien lâcher. Sans doute ces droits existent normalement. Tout père et toute mère ont, sur leur enfant, des attributs naturels et, dans un certain sens, sacrés et intangibles. Notre temps est sensible aux émotions attachées à ces droits. Il est porté à s'indigner de la souffrance contre nature imposée à un père ou à une mère privé de son enfant. Et cette indignation imagine volontiers qu'elle

¹ PLANIOL et RIPERT (II), N. 654.

² PLANIOL et RIPERT (I), N. 1881 ; cf. aussi AUBRY et RAU, § 478, N. 192.

³ CARBONNIER, N. 137.

⁴ S. RÉGLADE, p. 74.

sert l'enfant lui-même, puisque celui-ci sera privé d'une richesse morale à laquelle il a droit si l'on éloigne de lui l'une des tendresses, même exclusive et revendicative, qui veulent entourer sa personne.

Mais il faut bien voir que c'est précisément cette *vocation naturelle* de l'enfant à la tendresse conjugquée de ses père et mère qui lui est confisquée injustement par les parents *en dispute*. Ils détruisent, entre eux, l'union et l'harmonie *qui étaient, à leur charge, un droit de l'enfant*.| Du même coup ils perdent la meilleure justification des droits subjectifs que chacun continue, néanmoins, à revendiquer sur celui-ci.

Et nous pensons qu'il faut alors protéger, contre les droits qu'ils revendiquent sans en respecter les obligations, un intérêt premier de l'enfant : le besoin de paix, de stabilité, de tranquillité. En se chargeant de dispute, la tendresse même des parents se corrompt. Elle devient, pour l'enfant, moins une richesse qu'un poison. Et c'est le salut de l'enfant, c'est son équilibre psychique qu'il faut alors mettre au premier rang, et protéger, même contre les droits naturels qui appartenaient aux parents, et dont ceux-ci ont corrompu l'exercice.

C'est pourquoi des solutions stables, si dures qu'elles soient pour celui qu'elles dépouillent, en quelque sorte, de l'enfant, semblent généralement les meilleures. La balance, la « cote mal taillée », entre les parents disputeurs risque d'être la solution la plus destructive du psychisme de l'enfant. Même le droit de visite n'est pas sans danger quand le visiteur ne contient pas — ou contient mal — sa charge d'amertume, de passion ou de colère. Les tribunaux ne doivent pas hésiter à le refuser s'il apparaît comme une source de trouble profond pour l'enfant. ¹ »

¹ R. SAVATIER, « L'enfant disputé », in *Sauvegarde de l'enfance*, 1957, p. 991-992.

CONCLUSIONS

Plusieurs contractions caractérisent l'institution du droit de visite.

La première apparaît déjà dans son appellation. Une visite, aussi bien celle que l'on reçoit que celle que l'on fait, devrait être libre et appréciée de part et d'autre et non point faire l'objet d'un droit ou d'une obligation.

Ensuite, dans le cas du divorce, ce droit est à la fois le résultat et la prolongation d'une situation anormale. Alors que le couple devrait rester uni, il se sépare ; alors que son éclatement devrait marquer la fin d'une crise, celle-ci se prolonge par l'effet du droit de visite.

En permettant le divorce, les différents systèmes envisagés renoncent à consacrer le principe de l'indissolubilité du mariage. Par contre, ils protègent efficacement un droit aux relations personnelles avec le parent séparé. Incapables d'imposer la fidélité au couple, ils l'exigent de l'enfant issu du mariage rompu.

L'organisation des relations personnelles doit être conforme, dit-on, à l'intérêt de l'enfant, et c'est pourtant le droit du parent qui est à la base de cette institution.

Comme il s'agit d'un droit, on ne peut exiger de son bénéficiaire qu'il l'exerce, serait-il dans l'intérêt de l'enfant de garder le contact avec le parent séparé. En revanche, si l'enfant refuse de se soumettre à ce droit — dont l'exercice et l'organisation doivent pourtant correspondre à son intérêt — la loi et les tribunaux prévoient les moyens de l'y contraindre.

Enfin, l'origine même du droit de visite donne lieu à des contestations. Les uns le considèrent comme un vestige de la puissance paternelle accordé à celui qui la perd. Les autres l'envisagent comme une conséquence du fait de procréation. D'aucuns, finalement, s'en réfèrent tantôt à l'une tantôt à l'autre de ces sources, quand ce n'est pas aux deux simultanément, pour justifier ce droit.

Avec certains auteurs, on peut se demander si ce n'est pas l'enfant qui devrait être le bénéficiaire du droit de visite — comme il est le bénéficiaire

de la contribution alimentaire — le titulaire traditionnel devenant alors l'obligé. On objectera qu'une « obligation de visite » (qui ne sonne pas plus faux qu'un « droit de visite ») ne peut pratiquement pas être imposée, et en outre qu'il serait vain, sinon contraire à l'intérêt de l'enfant, d'obliger son père ou sa mère à maintenir des contacts avec lui.

Envisager la question de cette manière ne paraît pas très sérieux. N'est-ce pas pourtant la meilleure manière de faire? Elle impliquerait en particulier que les droits et les obligations des uns et des autres ne soient plus envisagés sous l'angle déformant du conflit parental. Ce n'est plus le juge du divorce qui aurait à régler ces questions délicates, mais l'autorité tutélaire, ou mieux, un tribunal de tutelle ou un juge des enfants. Cela simplifierait le problème en ce sens que le droit de visite n'aurait qu'un seul bénéficiaire: l'enfant. Les obligés légaux ou judiciaires seraient les parents. Et dans une catégorie d'obligés « conventionnels » ou « volontaires » entreraient ceux qui auraient quelque titre de le faire, dans la mesure toutefois où le maintien de ces relations personnelles serait favorable à l'enfant: grands-parents, collatéraux, parents nourriciers.

Dans le cadre de la législation actuelle et des institutions existantes en Suisse, certaines recommandations peuvent être faites en vue d'améliorer l'organisation du droit de visite dans le sens d'une protection plus réelle de l'enfant.

Le juge ne devrait jamais oublier que, même si ce droit est institué essentiellement au profit du parent privé de l'enfant, c'est l'intérêt de ce dernier à un développement harmonieux qui doit l'emporter sur toute autre considération.

Pour mieux discerner cet intérêt, le recours accru à la collaboration d'organes spécialisés et aux expertises médicales est indispensable.

Cela implique une organisation parfaite des différents services envisagés et une formation complète de leur personnel. Quant aux psychiatres et aux psychologues consultés, ils doivent non seulement être d'excellents spécialistes dans leur science, mais avoir une solide expérience des questions juridiques et sociales.

Il serait vain que les analyses juridiques, sociales et médicales ne fassent que se juxtaposer. Elles doivent se combiner, se compléter. La réunion du juge, du travailleur social et du médecin pour l'étude de certains cas permettra à chacun d'exposer et de motiver son point de vue. Bien des incompréhensions, des préjugés disparaîtront alors par l'utilisation d'un indispensable langage commun.

Quant au juge qui instruit le procès de divorce, il serait bon, lorsqu'il est appelé à fixer le sort d'un enfant en âge de raisonner, qu'il s'entretienne avec lui: Il est invraisemblable que, chargé de statuer à son sujet, il ne soit renseigné sur son compte que par les parents (ou leur mandataire) et éventuellement par l'autorité tutélaire.

Dans les limites de la loi, le juge peut également rendre les parents attentifs aux obligations qui accompagnent l'exercice du droit de visite, tant pour le bénéficiaire du droit que pour le gardien. En remettant par exemple des directives écrites aux père et mère après s'être entretenu avec eux, le juge leur permettrait souvent d'éviter les principaux écueils et d'être conscients avant tout du bien de l'enfant. Il pourrait aussi leur conseiller, en cas de conflit, de prendre immédiatement contact avec un office des mineurs qui tenterait avec eux de le résoudre.

Une meilleure solution pourra évidemment être donnée à ces problèmes lorsque chaque canton disposera de services compétents auxquels le juge s'adressera sans arrière-pensée. De tels services existent déjà en plusieurs endroits. L'intérêt général voudrait que le pays tout entier en soit rapidement doté. Le réseau des relations humaines, perturbé par une certaine dissolution de la famille, pose des problèmes aussi importants et aussi urgents que le réseau routier national et ses encombrements! Il serait grand temps que le législateur impose des limites dans lesquelles les organes tutélaires soient uniformisés et équipés. Il pourrait alors modifier les articles 156 et 157 CCS dans le sens sinon d'une compétence exclusive de ces autorités en matière de droit de visite, du moins dans celui d'une collaboration obligatoire chaque fois qu'il en est question.

Cependant, quand on connaît l'empressement des cantons à réaliser les vœux ou même les exigences du législateur en matière d'établissements pénitentiaires par exemple, c'est déjà dans le cadre de la législation et des institutions actuelles que l'effort doit être fait. Elles offrent de grandes possibilités. Leur utilisation complète et rationnelle doit permettre de protéger efficacement les enfants qui en ont besoin.

BIBLIOGRAPHIE

I. SUISSE

A. PRINCIPALES COLLECTIONS CONSULTÉES OU CITÉES

1. Collections juridiques

Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide *AGVE*
Amtsbericht des Obergerichtes Basel-Land
Amtsbericht des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen
Basler Juristische Mitteilungen *BJM*
Bericht des Obergerichtes Solothurn
Bericht des Obergerichtes Zug
Blätter für zürcherische Rechtsprechung *BIZR*
Entscheidungen des Appellationsgerichtes Basel-Stadt
Entscheidungen des Obergerichtes Luzern
Extraits des principaux arrêts du Tribunal cantonal fribourgeois *Extraits*
Journal des Tribunaux *JdT*
Monatschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen *MBVR*
Praxis des Bundesgerichts *Pra*
Praxis des Kantonsgerichtes Graubünden *PKG*
Rapports du Tribunal cantonal valaisan
Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Appenzell A. Rh.
Rechenschaftsbericht des Obergerichtes Thurgau
Revue de jurisprudence neuchâtelaise *RJN*
Recueil officiel des arrêts du Tribunal cantonal neuchâtelais
Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral *RO*
Repertorio di Giurisprudenza Patria *Rep.*
Revue du droit de tutelle *RDT*
Revue suisse de jurisprudence *RSJ (SJZ)*
Semaine judiciaire *Sem. Jud.*
St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung *ZSGV*
Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. *ZBJV*
Zeitschrift für schweizerisches Recht *ZSR*

2. Autres collections

Les Cahiers protestants

Falkenstein, Zeitschrift der Studentenverbindungen

Gesundheit und Wohlfahrt

Heilpädagogische Werkblätter

Jahrbuch der Jugendhilfe

Das Kinderheim

Pro Juventute

Revue suisse d'utilité publique

Schriftenreihe der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder

Schweizerische Monatshefte

Zeitschrift für Volkswohl

B. PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CONSULTÉS OU CITÉS

(Les chiffres romains entre parenthèses correspondent aux différents ouvrages d'un même auteur cités dans les notes.)

BALTENSWEILER, MAX, *Die Kindesannahme als fürsorggerisches Problem*, thèse, Zurich 1931.

BÄNNINGER, MARTHA, *Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe*, thèse, Zurich 1922.

BARDE, EDOUARD, « Le procès en divorce », rapport présenté par E. B., juge à la Cour de justice de Genève, publié dans les Actes de la Société suisse des juristes, in *ZSR* 1955, p. 453 a ss.

BELZA, MICHAL, *Das Verhältnis zwischen dem Kinde und dem geschiedenen Elternteil, dem das Kind nicht zugewiesen wurde*, thèse, Fribourg 1946.

BENZ, ALBERT, *Der Vollstreckungsbefehl in der zürcherischen Praxis*, thèse, Zurich 1936.

BIEDERMANN, D^r E., (I), « Das Kind während und nach dem Scheidungsprozess », *Revue suisse d'utilité publique*, mars 1953, p. 44 ss.

— (II) « Der Ehescheidungsprozess », *Revue suisse d'utilité publique*, 1937, p. 31 ss.

BOERLIN, HÉLÈNE, *Die Kinderzuteilung ohne vormundschaftliches Gutachten*, travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, 1944.

BOSSHARD, ERICH, *Psychische Störungen bei Kindern im Gefolge von richterlichen und vormundschaftlichen Massnahmen bei der Scheidung der Eltern*, thèse (médecine), Berne 1947.

BOVET, LUCIEN, D^r, « Quelques remarques du médecin », *Les Cahiers protestants*, 1946, p. 284 ss.

BRAUN, MARGRIT, « Das Kind in der Ehescheidungsfamilie », travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, publié dans la revue *Pro Juventute*, 1932, p. 418 à 421, 461 à 471, 526 à 542.

BRUNHISHOLZ, FERDINAND, *La séparation de corps par consentement mutuel en droit civil suisse*, thèse, Fribourg 1954.

BÜHLER, WALTER, « Das Ehescheidungsverfahren », rapport publié dans les Actes de la Société suisse des juristes, in *ZSR* 1955, p. 301 a ss.

CLERC, FRANÇOIS, *Cours élémentaire sur le Code pénal suisse*, tome I: Art. 111 à 186, tome II: Art. 187 à 332, Lausanne 1943 et 1945.

DANIELEWICZ, PAULETTE, *Le droit de visite des parents fixé selon les mesures provisoires, Rôle du Tuteur général au cours du procès*, travail de diplôme, Ecole sociale de Genève, 1961.

DANNEGGER, KARL, « Die Interpretation von Art. 157 ZGB », publié dans *ZBJV*, vol. 57 (1921), p. 297 ss.

- EGGER, A., (I) *Kommentar zum Schweizerischen ZGB*, « Das Familienrecht : I. Das Eherecht », 1936; II. « Das Verwandschaft », 1943.
- (II) « Die Ehescheidung nach dem schweizerischen ZGB und das Scheidungsverfahren nach kantonalem Prozessrecht », publié dans la revue *Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit*, septembre 1944, p. 399 ss.
- EGGIMANN, ANNY, *Der Sonntagsurlaub der Scheidungswaisen*, travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, 1958.
- ETTER, ERNST, *Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- u. Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB*, thèse, Zurich 1933.
- Exposé des motifs de l'avant-projet du Code pénal suisse d'avril 1908*, rédigé par mission du Département fédéral de justice et police par E. ZÜRCHER, traduit par ALFRED GAUTHIER.
- FEHR, OTTO, « Die Zustimmung der leiblichen Eltern zur Kindesannahme », *RDT* 1947, p. 130 ss.
- FRANK, LUDWIG, Procès-verbal de son intervention à l'assemblée de la Société suisse des juristes du 26 septembre 1955, *ZSR* 1955, p. 665 a ss.
- FRICK, ERIKA, *Der Gerichtsstand bei der Abänderung von Scheidungsurteilen*, thèse, Zurich 1954.
- GIGON, MARGUERITE, *Die Zuteilung der Kinder aus geschiedenen und getrennten Ehen*, thèse, Bâle 1938.
- GMÜR, M. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, « Das Familienrecht, I. Das Eherecht », Berne 1923.
- GROSS, ALEXANDRE, *De l'exécution forcée des obligations non pécuniaires*, thèse, Lausanne 1934.
- HAFFTER, C., (I) *Kinder aus geschiedenen Ehen* (Eine Untersuchung über den Einfluss der Ehescheidung auf Schicksal und Entwicklung der Kinder nach ärztlichen, juristischen und fürsorgerischen Fragestellung), Bern und Stuttgart 1960.
- (II) « Kinderleid vor, während und nach der Scheidung », *Revue suisse d'utilité publique*, mars 1953, p. 40 ss.
- HAFTER, ERNST, *Schweizerisches Strafrecht*, partie spéciale, Berlin 1943.
- HARTMANN, EMILIE *Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht*, thèse, Berne 1943.
- HAUSER, E., (I) « Ehescheidung und Kindesinteresse », *Revue suisse d'utilité publique*, 1937, p. 29 à 56.
- (II) « Die Wahrung der Kinderinteressen im Ehescheidungsprozess », *SfZ*, vol. 35 (1938-1939), p. 257 ss.
- (III) « Ehescheidung - Kindernot », *Gesundheit und Wohlfahrt*, 1941, p. 257.
- (IV) « Zivilrechtlicher Jugendschutz und Jugendstrafrecht », *Festgabe für A. Egger*, p. 245 ss, Zurich 1945.
- HEGNAUER, CYRIL, *Berner Kommentar zum schweizerischen ZGB*, « Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandschaft », Art. 252-269, Berne 1960.
- HINDERLING, HANS, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, Zurich 1960.
- HOERNI, MARGRIT, *Die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen dem ausserehelichen Kinde und seinen Eltern in rechtsvergleichender Darstellung*, thèse, Zurich 1943.
- HOHERMUTH, B., « Das Kind in der Ehescheidungsfamilie », *Revue suisse d'utilité publique*, 1937, p. 38 ss.
- JACCARD, PIERRE, « Chez l'avocat », *Cahiers protestants* 1946, p. 260 ss.
- *Les mesures provisionnelles*, étude de procédure civile vaudoise, thèse, Lausanne 1925.
- KAUFMANN, J., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, « Die Vormundschaft », Berne 1924.
- KEHL, ROB., (I) « Ist die Vormundschaftsbehörde immer Partei im Verfahren gemäss Art. 157 ZGB? », *ZBJV* 84 (1948), p. 289 ss.

- KEHL, ROB., (II) « Die Kompetenzausscheidung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden in bezug auf vormundschaftliche Massnahmen während der Dauer und nach Abschluss des Ehescheidungsprozesses », *RDT* 1953, p. 121-130, traduit et résumé in *RDT* 1954, p. 25-28.
- (III) *Die Abänderung und Ergänzung von Scheidungs- und Trennungsurteilen*, einschliesslich Erläuterung und Revision, Zurich 1960.
- KISTLER, PAUL, (I) « Ehescheidung und Kinderschicksal », *Frauenzeitung Berna* 1937.
- (II) « Das Recht auf persönlichen Verkehr », *RDT* 1952, p. 121 ss (traduction résumée, *ibid.* p. 128 ss).
- « Erfahrungen mit Kindern aus geschiedenen Ehen », *Heilpädagogische Werkblätter*, 1958, p. 143-146.
- KNAPP, CHARLES, *Le droit civil de la famille dans le Code pénal suisse*, édité par l'Istituto Italiano di Studi Legislativi, Roma 1943.
- KNECHT, HEINZ, *Die Abänderungsklagen*, thèse, Zurich 1954.
- KRAFFT, AGÉNOR, « Grands-parents et divorce », *SfZ* 33 (1936-37), p. 231.
- LACHAT, DORA, *Abänderung des Ehescheidungsurteils in Bezug auf Kinderzuteilung*, travail de diplôme, Ecole sociale de Genève, 1948.
- LADOR, *Des droits strictement personnels*, thèse, Lausanne 1933.
- LANDOLT, ALICE, *Der Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweizerischen Recht*, thèse, Zurich 1925.
- LEHMANN, WALTER, *Die Einschränkung der elterlichen Gewalt durch Massnahmen gemäss Art. 283 und 284 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, thèse, Berne 1949.
- LEUCH, GEORG, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, Berne 1956.
- LIESCH, ARNO, « Kindesschutzmassnahmen während und nach Ehescheidung », *RDT* 1961, p. 81-87 (traduction résumée in *RDT* 1961, p. 121-126).
- LOGOZ, PAUL, *Commentaire du Code pénal suisse*, Partie spéciale II (art. 213-332), Neuchâtel 1956.
- LUTZ, J., « Die Ehescheidung vom Standpunkt des Kindespsychiaters aus », *Revue suisse d'utilité publique*, 1937, p. 49-51.
- MADÖRIN, RUTH, *Gutachten über Kinderzuteilung bei Ehescheidungen*, travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, 1944.
- MAIER, EDOUARD, *Contribution à l'étude de l'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle*, thèse, Lausanne 1920.
- MARKUS, ANNIE-MADELEINE, *Die Pflegekindschaft*, Eine rechtsvergleichende Studie, thèse, Zurich 1945.
- MEYER, FRANCIS, « Le remariage de l'époux divorcé investi de la puissance paternelle (art. 157 et 286 CC) », *RDT* 1962, p. 41-53.
- MICHEL, DORA, *Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB*, thèse, Zurich 1939.
- MÜLLER, ALOÏS, *Die elterliche Gewalt nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch unter Ausschluss des Rechtes der Vertretung und Versorgung der Kinder und unter Berücksichtigung des geltenden kantonalen und deutschen Rechtes*, thèse, Zurich 1909.
- MÜLLER, H., *Das staatliche Eingreifen in die Elternrechte zum Schutze der Person des Kindes*, thèse, Zurich 1923.
- MUTHER-WIDMER, « Die Ehescheidung in der Schweiz », paru dans *Die Ehe in Kirche und Staat*, Vorträge des Schulungskurses vom 19.-21. Okt. 1940 in Luzern.
- OESCHGER, WITGAR, *Die Pflege- und Adoptivkinderversorgung*, Fribourg 1957.
- OETTLI, HEDWIG, *Die persönliche Fürsorge des Vormundes für das Mündel*, thèse, Zurich 1941.
- D'OKOLSKI, ANNE, « L'enfant de parents divorcés » (adaptation française de l'ouvrage de M. BRAUN, cité ci-dessus), *Revue suisse d'utilité publique* 1934, p. 468 ss et 512 ss.
- OTT, CARL, *La puissance paternelle du Code civil suisse*, thèse, Neuchâtel 1911.

- PFEIFFER, F., « Die Stellung der Kinder aus geschiedenen oder getrennten Ehen », *Pro Juventute* 1931, p. 223 ss.
- PICOT, ALBERT, « La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du CCS », *ZSR* 48 (1929), p. 1 a à 104 a.
- « Quelques considérations sur le divorce », *Les Cahiers protestants*, 1929, p. 10 ss.
- RIGGENBACH, BERNHARD, « Aus der Praxis des Basler Ehe- und Scheidungsrichters », paru dans *Falkenstein*, avril et mai 1954, p. 77 ss et 93 ss.
- ROSSEL, JEAN, « Les mesures de protection administratives de l'enfant dans leurs rapports avec la puissance paternelle en droit suisse », *ZSR* 36 (1917), p. 45 ss.
- RUTZ, ALOÏS, *Das unmündige Kind ausserhalb des elterlichen Haushaltes nach schweizerischen Zivilrecht*, thèse, Fribourg 1928.
- SAMELI, WERNER, « Die Stellung des Kindes im Scheidungsprozess », *Heilpädagogische Werkblätter*, 1950, p. 82-99.
- SCHARPF, HÉLÈNE, *Das Kind in der Ehescheidung — die Problematik des Besuchsrechts und seine Folgen*, travail de diplôme, Ecole sociale de Genève, 1952 (traduction résumée en 13 pages, sous le titre: « La situation de l'enfant de parents divorcés. Le problème du droit de visite et ses conséquences », Genève, Ecole sociale, 1952).
- SCHEIDEGGER, OTTO, *Ehe und Ehescheidung*, Bâle 1952.
- SCHWEILER, ISO, *Die religiöse Erziehung des ausserehelichen Kindes nach schweizerischem Privatrecht*, thèse, Fribourg 1959.
- SCHLATTER, MARGRIT, « Die Mitwirkung der Organe der Jugendhilfe bei der Kinderzuteilung im Ehescheidungsprozess », *Jahrbuch der Jugendhilfe*, 1931-32, tome XIV, p. 138 ss.
- SCHMID, DORIS, *Uneheliche und Scheidungskinder in Pflegefamilien*, travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, 1949.
- SCHMID, WALTER, « Das Eheproblem vor dem Rechtsanwalt », *SfZ* 42 (1946), p. 33 ss.
- SCHÖBI, ELISABETH, « Die Wirkungen der Ehescheidung auf Gatten und Kinder. Meine Beobachtungen als Fürsorgerin », paru dans *Die Ehe in Kirche und Staat*, Vorträge des Schulungskurses vom 19.-21. Okt. 1940, in Luzern.
- SCHULTHESS, HERBERT, « Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ausserehelichen Kinderverhältnis », *ZBJV* 74 (1938), p. 257 ss.
- *Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berne 1934.
- SCHWEINGRUBER, E., « Das Ehescheidungsverfahren vor erster Instanz, speziell im Kanton Bern », in *Ehescheidung und Scheidungsverfahren in juristischer und psychologischer Beleuchtung*, Zurich 1945.
- SCHWEIZER, DORA, « *Die Versorgung vernachlässigter Kinder nach Art. 284 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* », thèse, Zurich 1948.
- SEGER, H., « Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem ZGB », *ZSR* 48 (1929), p. 105 a ss.
- SILBERNAGEL, A., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, « Familienrecht, II. Die Verwandschaft », Berne 1927.
- *La situation des enfants dont les parents vivent séparés*, rapport établi pour la 9^e Session de l'Association internationale pour la protection de l'enfance, Liège, 30 juillet au 4 août 1930. Bruxelles, Office de Publicité, 1930.
- SPITZER, GERD, *Über die Adoption von Mündeln*, Schriftenreihe der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, 6^e cahier, Winterthur 1947.
- STEIGER, EMMA, « Kinder während und nach der Ehescheidung », *Das Kinderheim*, 1937, p. 73 ss.
- STEINEGGER, JEAN, *Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS*, thèse, Berne 1950.
- STEINER, SYLVIA, *Fürsorgerische Möglichkeiten bei der Gestaltung des Besuchsrechtes nach der Scheidung*, travail de diplôme, Ecole sociale de Zurich, 1961.

- STREBEL, J., *Zum Verfahren in Ehescheidungsprozessen*, Ferienkurs der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, 29. und 30. September 1944. Zurich 1945, p. 19 ss.
- *Epoux divorcés, expériences et réflexions d'un juge*, traduit de l'allemand par ANNIE DUTOIT, avocate, Neuchâtel 1943.
- THÜRER, PAUL, *Procès-verbal* de son intervention à l'Assemblée de la Société suisse des juristes, le 26 sept. 1955 à Interlaken, ZSR 1955, p. 665 a ss.
- TUOR, PIERRE, *Le Code civil suisse*, seconde édition française, traduite par H. DESCHENAUX, Zurich 1950.
- URECH, M.-C., *Le comportement scolaire des enfants de parents divorcés ou séparés*, travail de diplôme, Ecole sociale de Genève, 1955.
- VONTOBEL, HANS, *Die Ausscheidung der Kompetenzen von Fürsorgebehörden und Gerichten in der Fürsorge für Scheidungskinder*, thèse, Zurich 1942.
- WEISS, HANS, *Das Pflegekinderwesen in der Schweiz*, thèse, Zurich 1920.
- WYSS, W. v., *Zur Praxis des zürcherischen Ehescheidungsverfahrens im Lichte der zweiten Instanz*, Ferienkurs der Universität Zürich 1944. Zurich 1945, p. 160 ss.

II. ALLEMAGNE

A. PRINCIPALES COLLECTIONS CITÉES

- Archiv für Jugendrecht (Beilage zum Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt) *AJR*
- Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen *BayObLGZ*
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen. *BGHZ*
- Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit. *DFG*
- Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht *FamRZ*
- Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchsrechts *JFG*
- Juristische Rundschau *JR*
- Juristische Wochenschrift *JW*
- Monatschrift für Deutsches Recht *MDR*
- Neue Juristische Wochenschrift *NJW*
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen *RGS*
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen *RGZ*
- Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt *ZBlJR*

B. PRINCIPAUX ARTICLES ET OUVRAGES CITÉS

- ACHILLES-GREIFF, *BGB*, unter Einarbeitung des Gleichberechtigungsgesetzes v. 18.6.1957, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Berlin 1958, 20^e édition.
- BALLARIN, H.-G., *Das Schicksal der Kinder im Falle einer Auflösung der Ehe oder Scheidung vom juristischen und sozialen Standpunkt aus betrachtet*, rapport pour le II^e Congrès international de la protection de l'enfance, Rome 1937.
- BEITZKE, GÜNTHER, *Familienrecht, ein Studienbuch*, 7., durchgesehene Auflage, München und Berlin 1959.
- «Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht», *FamRZ* 1958, p. 7 ss.

- BOHNE, « Das Verkehrsrecht der nichtsorgeberechtigten Mutter mit ihrem Kinde », *ZBlJR* 1954, p. 12 ss.
- BRUMBY, « Das Kind als Gegenstand der Vollstreckung », *JR* 1948, p. 69 ss.
- CRANZ, WERNER, « Die einstweilige Anordnung in Ehesachen, 10 Jahre Rechtsprechung zu § 627-627 c ZPO », *JR* 1949, p. 331 ss.
- DARKOW, KLAUS, « Haben Grosseltern ein Recht auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkelkindern? », *JR* 1953, p. 333 ss.
- EGNER, « Zur Problematik und Neuregelung des Verkehrsrechts nach § 75 EheG », *ZBlJR* 1953, p. 230 ss.
- ENGELHARDT, « Die Gestaltung des persönlichen Verkehrs eines geschiedenen Ehegatten mit seinem Kinde », *DFG* 1942, p. 129 ss.
- HOFFMANN-STEPHAN, *Ehegesetz-Kommentar*, München und Berlin 1950.
- KLEIN, FRANZ, « Das Verkehrsrecht mit den Kindern, die nicht im Gewahrsam der Eltern sind », *JW* 1949, p. 194 ss.
- « Das Eltern-Kind-Verhältnis nach dem Gleichberechtigungsgesetz », *Jugendwohl* 1958, p. 381 ss.
- KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, *Gleichberechtigungsgesetz*, Kommentar, München und Berlin 1958.
- LÜCKEN, Dr., « Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts und des Prozessgerichts im Bereich des Verkehrsrechts nach § 82 EheG », in *DFG* 1943, p. 113-116.
- MEYER, HERMANN, *Der Einfluss der Ehescheidung auf die elterliche Gewalt nach reichsdeutschem und schweizerischem Recht*, thèse, Leipzig 1918.
- MÜLLER-FREIENFELS, W., « Der Einfluss der Schuldigerklärung auf die Regelung der elterlichen Gewalt », *Juristenzeitung* (Tübingen), 1959, p. 339 ss et 396 ss.
- NOWKA, WERNER, « Kindesgefährdung durch das « Verkehrsrecht » gemäss § 1634 BGB n. F. », *FamRZ* 1960, p. 218 ss.
- OTTO, GÜNTHER, « In wie weit ist der Wille des Kindes bei der Verkehrsregelung gemäss § 75 Ehegesetz beachtlich », *Der Deutsche Rechtspfleger*, 1952, p. 579 ss.
- PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 19. Aufl., München und Berlin 1960.
- PAULICK, HEINZ, « Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäss den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957 », *FamRZ* 1958, p. 1 ss.
- ROTH-STIELOW, K., « Die Regelung des Verkehrs mit Kindern im Scheidungsprozess », *NJW* 1956, p. 289 ss.
- SCHNITZERLING, M., « Das Recht auf Verkehr mit dem Kinde », *FamRZ* 1958, p. 444 ss.
- « Das Sorgerecht der unehelichen Mutter nach der Kindesadoption und nach der Adoptionsaufhebung », *ZBlJR* 1960, p. 17 ss.
- SCHUBERT, « Können bei der Entscheidung über das Sorgerecht und die Verkehrsregelung nach §§ 74, 75 EheG politische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wenn ein Elternteil in Westberlin, der andere in Ostberlin wohnt? », *JR* 1952, p. 98 ss.
- SCHWARZ, JOSEPH, « Die Herausgabe von Kindern gemäss § 33 Abs. 2. FGg », *ZBlJR* 1952, p. 189 ss.
- SCHWARZHAUPT, ELISABETH, « Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 », *FamRZ* 1961, p. 329 ss.
- SCHWOERER, J., « Der Einfluss von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht », *FamRZ* 1958, p. 41 ss et 88 ss.
- SOERGEL, Hs. Th., *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 1955.
- WICHMANN, GEORG, « Die Zwangsvollstreckung bei Forderung auf Herausgabe von Kindern », *ZBlJR* 1958, p. 7 ss.

III. FRANCE

A. PRINCIPALES COLLECTIONS CITÉES

Gazette du Palais *Gaz. Pal.*
Recueil Dalloz *Rec. Dalloz*
Recueil Dalloz et Sirey *Rec. Dalloz et Sirey*
Recueil Sirey *Rec. Sirey*
Revue trimestrielle de droit civil *RTDC*

B. PRINCIPAUX OUVRAGES ET ARTICLES CITÉS

- ANCEL, MARC, *L'adoption dans les législations modernes*, 2^e édition revue et complétée, Sirey, Paris 1958.
- AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7^e édition, par P. Esmein et A. Ponsard. Tome VII par Paul Esmein, Paris 1962.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit civil*, dans la collection Thémis, tome I, PUF 1955.
- CHAZAL, JEAN, (I) *Les droits de l'enfant*, PUF, « Que sais-je? », n° 852, 1959.
- (II) « L'Ordonnance du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance en danger » *Gaz. Pal.* 1959, II. Doctrine, p. 59 ss.
- CLAVEL, EUGÈNE, *De l'enlèvement de mineurs*, thèse, Toulouse 1951.
- COLIN, AMBROISE; CAPITANT (HENRI), *Traité de droit civil*, refondu par JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, tome I, Paris, Dalloz, 1957.
- CORDELIER, SUZANNE, *Les enfants de la discorde*, étude de cas sociaux, Paris 1954.
- DABIN, JEAN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, Examen des thèses de M. Paul Roubier, Académie Royale de Belgique, classe des lettres et des sciences morales et politiques, Mémoires, collection in-8°, tome LIV, fascicule 3, Bruxelles 1960.
- DERRIDA, FERNAND, *L'obligation d'entretien*, thèse, Alger 1947
- Le divorce et la séparation de corps dans le monde contemporain*, publié en 1952 par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris.
- DONNIER, MARC, « L'intérêt de l'enfant », *Rec. Dalloz* 1959, Chronique XXVI, p. 179 ss.
- FOURNIÉ, ANNE-MARIE, « La protection judiciaire de l'enfance en danger », Editions juridiques et techniques, Paris 1961.
- GASTON, LOÏC, *Essai sur le droit de visite sous la puissance paternelle*, thèse, Poitiers 1941.
- GUIHO, PIERRE, « Essai d'une théorie générale du droit de visite », *Juris Classeur Périodique (La Semaine juridique)*, 1952, Doctrine n° 963.
- JOSSERAND, LOUIS, *Cour de droit civil positif français*, tome I, 2^e édition 1932, Paris.
- KAYSER, PIERRE, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTDC* 1953, p. 209 ss.
- LAUNAY, CLÉMENT, « L'enfant et la dissociation familiale », *Sauvegarde de l'enfance*, 1957, p. 1012 ss.
- MARTY, GABRIEL, et RAYNAUD, PIERRE, *Droit civil*, tome I, Sirey, Paris 1956.
- MATIVET, GILBERT, *Faut-il divorcer?* Juillard 1953.
- MAZEAUD, HENRI, LÉON JEAN, *Leçons de droit civil*, tome I, 2^e édition, 1959.
- PLANIOL, MARCEL, (I) *Traité élémentaire de droit civil*, revu et complété par Georges Ripert, 4^e édition, Paris 1948, tome I.
- PLANIOL, MARCEL, et RIPERT, GEORGES, (II) *Traité pratique de droit civil français*, 2^e édition, 1952, tome II, La famille, par ANDRÉ ROUAST.

- RAYNAUD, PIERRE, « La nouvelle législation sur la protection de l'enfance », *Sauvegarde de l'enfance*, septembre-octobre 1959.
- RÉGLADE, SOLANGE, *Les enfants de parents divorcés*, thèse, Paris 1939.
- ROUBIER, PAUL, « Les prérogatives juridiques », *Archives de philosophie du droit*, n° 5, « La théologie chrétienne et le droit », Paris 1960, p. 65 à 131.
- SABATIER, PIERRE, *La déchéance de la puissance paternelle et la privation du droit de garde*, thèse, Paris 1922.
- SAUT, ROGER, *Droits des grands-parents sur la personne de leurs petits-enfants*, thèse, Dijon 1941.
- SAVATIER, RENÉ, « L'enfant disputé », *Sauvegarde de l'enfance*, décembre 1957, p. 985 ss.
- SERIN, SUZANNE, « Enfants du divorce », *Les cahiers de l'enfance*, Paris, mars 1958, p. 20 ss.
- TERRIN, PAUL, *Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne des enfants pendant le mariage*, thèse, Paris 1934.
- Travaux de la Commission de réforme du Code civil*, années 1951-1952, vol. 7.
- WABLE, JACQUES, *Des mesures provisoires pendant l'instance en divorce*, thèse, Paris 1949.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	7
Chapitre premier. <i>Les cas d'application et les titulaires du droit</i>	11
§ 1. Les parents légitimes	11
Parents déchus de la puissance paternelle ou privés du droit de garde pour des motifs d'ordre tutélaire et dont les enfants sont placés	11
Parents séparés de fait	15
Parents divorcés ou séparés de corps	17
Les mesures provisoires	19
Mariage nul et droit de visite	20
Le droit de visite en cas d'adoption	21
A. Droit de visite des parents du sang	21
B. Droit de visite des parents adoptifs	25
1. Divorce des parents d'adoption	25
2. Divorce en cas d'adoption par un seul époux	26
§ 2. Les parents illégitimes	27
§ 3. Les grands-parents	32
A. Les grands-parents légitimes	32
B. Les grands-parents illégitimes	36
C. Les grands-parents adoptifs	37
§ 4. Autres titulaires	38
Chapitre II. <i>Les conditions du droit de visite et les modalités de son exercice</i>	43
§ 1. Le principe de la sauvegarde des intérêts de l'enfant	43
La volonté de l'enfant	46

§ 2. La fréquence, la durée et le cadre des visites	50
La durée et la fréquence	50
Le cadre des visites	57
§ 3. Le droit de correspondance	59
Chapitre III. <i>L'institution du droit de visite</i>	61
§ 1. La réglementation du droit de visite par l'autorité	61
Le contenu de la réglementation	80
§ 2. La réglementation conventionnelle du droit de visite	83
§ 3. Le concours d'experts	92
Chapitre IV. <i>La protection du droit de visite</i>	105
§ 1. Les mesures de rétorsion	105
§ 2. Les sanctions juridiques du droit de visite	106
Les sanctions civiles	107
L'obligation active du gardien	107
Le retrait et le transfert de la garde ou de la puissance paternelle	107
Les mesures d'exécution forcée	110
L'exécution <i>manu militari</i>	114
La protection pénale du droit de visite	116
L'émancipation	120
§ 3. L'abus du droit de visite	123
Chapitre V. <i>Les modifications et la suppression du droit de visite</i>	127
§ 1. Les circonstances propres à justifier une modification du droit de visite.	127
§ 2. La limitation du droit de visite	134
§ 3. La suspension du droit de visite	138
§ 4. La suppression du droit de visite	142
<i>Conclusions</i>	155
<i>Bibliographie</i>	159

Achevé d'imprimer le 26 novembre 1963
sur les presses de l'imprimerie
Delachaux et Niestlé s. a., Neuchâtel (Suisse)

